PROVINCIA DI TORINO
BIBLIOTECA
R. - b - 227

Pauli. — 5

Ex Libris Silvij Seravoy Primicerij

CLARISSIMI

ET GRAVISSIMI

IVRECONSVLTI DOMINI

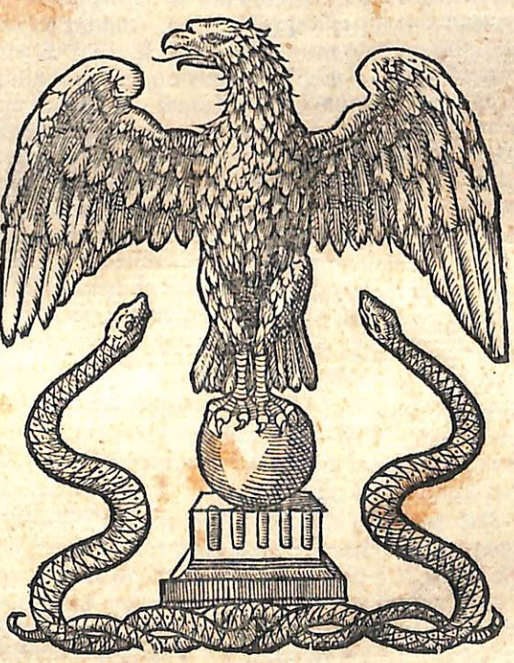
HIERONYMI TORNIELLI

NOVARIENSIS.

Clara uera ac perfecta Interpretatio in uniuersam Legem Gallus ff. de Liber. & Posth.

Et solemnis tractatus quæstionum, quæ per Doctores tractantur in principio & in. §. Quidam rectè eiusdem legis.

CVM PRIVILEGIO.



PATAVII

Apud Iacobum Iordanum ad signum Aquilæ.

M D LXIII.

CLARISSIMI

ET CRAVISSIMI

IVRECONSVLTI DOMINI

HIERONYMI TORNIELLI

NOVARIENSIS.

PROVINCIA DI TORINO
BIBLIOTECA

Clara nova et perfecta Interpretatio in unicersum Legem Gallus,
ff. de Liber. & Posth.

Et scholastica tradatus quarsionum, quæ per Doctores tractantur
in principio & in §. Quidam rectè eiusdem legis,

CVM PRIVILEGIO.

TAVRINI.

Apud Iacobum Iordanum ad Signum Aquilæ.

M D L X I I I.

CLARISSIMO VIRO, ET PRAESTANTISSIMO Senatori, ac Equiti Marino de Caballis Patauinorum Pretori amplisſimo.

M. Antonius Peregrinus iuris utriuſque Doctor

S. P. D.

VM iuris ciuilis peritiam, cui per plures annos aſsiduis lucubrationibus & intempeſtiuis uigiliis incubui, aliquantiſper deguſtaſſem & ſucceſsionum, ac ultimarum uoluntatum iura ſæpius recenſuiſſem & conſideraſſem; animaduerti inter cæteras, quas in eam rem leges tulerunt grauiſsimi & prudentiſsimi illi priſci Iureconſulti, quibus meritò ob earum admirabilem iuris ſcientiam, & profundum animi iudiciũ permiſſum fuit iura condere, ſubtilem & elegantem more quidem ſuo, editam fuiſſe legem à Scæuola iureconſulto: is enim prudentiſsimus iuris interpres fuit, & in reſpondendo magna quippe in eo fuit ingenii fælicitas, nam & facilè & breuiter omnia expoſuit; Is igitur conſeruationi ac ualiditati teſtamentorum & ultimarum uoluntatum ſtudens, modum ac formam ſolemnem inſtituendi nepotes, pronepotes, & reliquos deſcendentes induxit; ne eorum præteritione teſtamenta ex rigore iuris ciuilis rumperentur; qua in re Gallus Aquilius, Velleius, & Iulianus iureconſulti olim maxime apud P. R. authoritatis non ſatis prouiderant: Hanc ego legem & eius materiam admodum utilem, & quam maximè neceſſariam fore exiſtimaui; tum quia à uera illius intelligentia uerus pendet intellectus quamplurimarum aliarum legum in materia teſtamentorum & ultimarum uoluntatum; & indè innoteſcunt plures diuerſitates iuris antiqui & noui; quæ alioquin rem iſtam perturbant & confundunt: tum quia à rectè huius legis declaratione infertur & emergit reſolutio ad plures per difficiles quæſtiones, quæ in foro quàmſæpiſsime obuerſantur; Proinde ut uerum huius legis ſenſum in ſingulis ſuis partibus & paragraphis haberem, diutius elaboraui; Et cum diligenter non ſemel, ſed iterum, atque iterum uidiſſem, & perlegiſſem Commentaria multorum excellentiſsimorum doctorum, nondum quieuerat animus: quia præſuppoſita ipſorum licet communiter ab eis recepta non uidebantur conuenire intentioni Scæuolæ & Galli: & quia iuxtà eorum præſuppoſita lex iſta & plura alia iura abſque concludenti rationis motiuo fuiſſent compoſita; id quod fateri indignum eſſe exiſtimaui, nec unquam conſenſi; undè lex iſta, uelut obſcuris nimbis obtenebrata in ſuo uero ſenſu hucuſq; latuit: Idcircò dum ſcholaris eram, in ea eram ſpe, ut aliquando Dominus Hieronymus Torniellus primus in hoc Patauino totius Europæ præſtantiſsimo Gymnaſio, Veſpertinus iuris interpres, dominus & præceptor mihi obſeruandiſsimus, interpretaretur & repeteret hanc legem; ſic enim confidebam perfectam, & ueram legis declarationem ab eius interpretatione me habiturum, quandoquidem & alia difficiliora, ac cæteris incognita antè aperuit; eſt enim grauiſsimus & acutiſsimus iuris interpres, ac diligẽtiſsimus rationum inueſtigator, excellenti & admirabili ingenio à natura dotatus, cuius ego ueſpertinas lectiones per annos ſex audiui & diligenter obſeruaui, & rarò uel nunquàm non ad plenum edoctus circa iurium interpretationes receſſi; uerum cum uoti compos nunquàm factus eſſem, quandoquidem, me audiente, huiuſce legis interpretationem non attentauit, & in me deſiderium in dies magis flagraret, uirum ipſum petii, eſt enim mihi cum eo ſuauis quędam familiaritas multis annis antè confirmata, & propè præſcripta; nempè uir hic ſuaptè natura facilis, & benignus, moribus commendabilis, & religionis obſeruantiſsimus, omnes diligit. Scholares uerò uelut alumnos ſuos filiali amore proſequitur: poſtulaui ab eo, num ad huius legis interpretationem aliqua conſcripſiſſet. & hæſitationes, ac dubia, quæ mihi occurrerant eidem aperui; denique rogaui, ut pro mea erga ipſum obſeruantia, ſi quid de hac re literis mandaſſet copiam mihi faceret: quippè perſuadebam mihi & hoc uel etiam maiora officia à tàm beneuolo erga me Præceptore, uel Patre potius impetrare poſſe, nec mea me fefellit opinio, nempe poſtquàm uerbis humanitatis plenis, ac tanto uiro dignis commendauit propoſitum meum, & aliqua circa dubia propoſita grauiter & eleganter diſſeruit, indè iucundo & hilari uultu commentaria ſua, quæ legis & omnium paragrophorum ipſius declarationem concernunt exhibuit: Hæc cum ipſe repetita ſæpius lectione uidiſſem & perluſtraſſem, profectò non potui & in hoc, pro ut in cæteris, non admirari huius excellentiſsimi uiri ingenium: nempè adeò errores aliorum doctorum carpit, & abſurditates, quæ reſultarent iuxtá communes eorum intelligentias, necnon plures in iure indiſſolubiles contrarietates demonſtrat, & patefacit, ut neceſſarium ſi fateri, legem iſtam in hodiernam uſque diem perperam fuiſſe declaratam; Nouiſsimam uerò ipſe lucẽ tulit, quæ ad eò nubes & difficultates omnes obiectas diſſecit, ut lex iſta in omnibus ſuis partibus admodum plana & facilis reddita ſit: etenim uera præſuppoſita Scæuolæ & Galli Aquilii, ac aliorum iureconſultorum attẽtat, rationes & deciſiones iuris antiqui dilucidè pertractat, prouiſiones Galli, Velleii, & Iuliani, & eorum deffectus claro compendio demonſtrat, ac demũ ſuppletiones Scæuolæ breui & facili dicendi Methodo inſinuat: Opus meo ſanè iudicio ſumma commendatione dignum multos enim refelli; errores, in quos incidiſſe neceſſe fuit latente uero ipſius intellectu; Quamobrem ne diutius ueritas lateret, pro communi omnium utilitate exoraui eum, ut commentaria ipſa in lucem prodire uellet, pollicitusq;

fui operam meam in recolligendis ſummariis in qualibet huius legis parte: recuſabat uero ipſe eo rationis colore, quia non abſoluit adhuc quæſtiones, quas doctores omnes iuxtà materiam ſingulorum paragraphorum pertractant, exceptis iis, quæ materiam principii &. §. quidam recte. ſpectant: uerũ cum eius excuſationem non admiſiſſem, aſſenſit denique uotis meis, ea tamen deliberatione, ut in aliud tempus, quod non multum aberit, quæſtionum tractatũ publicemus: Hæc ego præclariſsima huius celeberrimi Iureconſulti monumenta tibi Marino Gaballis, Prætori Optimo, & ſplendidiſſimo Equiti, ac nomini tuo undequaque Clariſsimo dicare & offerre conſtitui; etenim rationi conſentaneum fore exiſtimaui, tibi exactiſsimo iuſtitiæ adminiſtratori ſacrarumq; legum ſapientiſsimo executori, omnium enim cõſenſu in regimine huius amplisſimæ ciuitatis prudentiſsimi Rectoris nomen & iuſtiſsimi iudicii obtinuiſſe: iuris profeſſoris lucubrationes conſecrare, præſertim cum toties ex decreto Illuſtriſsimi Senatus fueris reformatur & moderator huius Sacratiſsimi Gymnaſii Patauini: Tu ergo opus elaboratum, ingenioſum, & ſubtile dignum, æquidem protectione tua conſpicies, ac facile pro fœlici ingenio tuo dignoſcere poteris admirabile Tornielli iudicium, & profundiſsimam eius in iure ciuili ſcientiam, & probabis rationem conſilii mei: interim uerò maiora à me expecta, ſcis enim me plurimum tibi debere, nec adeo forenſia negocia me impediunt, ut etiam iuris utriuſque ſtudiis aliquid temporis impartiri non poſsim. Vale diu fœlix & me ama. Patauii X. Calend. Ianuarii. M D L X I I I.

HIERONYMI TORNIELLI NOVARIENS.

Iureconſ. Celeberrimi in difficillimam Legem Gallus. ff. de Lib. & Poſth. abſolutiſſima ſubtiliſſimaque Commentaria.

1 Præſuppoſita doctorum communiter recepta circà interpretationem huius legis.

2 Falſum eſt præſuppoſitum illud, quòd de iure xij. tabularum antè prouiſionem Galli nondùm natus, qui ſi tempore teſtamenti natus foret, ſuus non eſſet, nõ poſſet inſtitui, nec ſibi poſſet legari, & per plura reprobatur.

3 Nulla poteſt reddi efficax & uera ratio: quare non dùm natus, qui tempore teſtamenti natus ſuus non eſſet, foret incapax inſtitutionis & legati.

4 Intellectus §. & cum triplici C. de cad. tollend.

5 Conceptus licet nondùm natus tempore mortis defuncti erat de iure xij. tab. capax ſucceſſionis ab inteſtato.

6 In ultimis uoluntatibus quò ad capacitatem & facultatem acquirendi non eſt differentia inter titulum inſtitutionis. & inter tit. legati & fideicom.

7 Declaratio uerſicu. porrò, in §. ille caſus in fi. eadem lege.

8 Regula antiqua, quòd poſthumus alienus non poterat inſtitui nec ei legari, de quibus poſthumi. intelligatur.

9 Qua ratione per legem antiquam conſtituta fuerit dicta regula.

10 Conditio mortis unius adiecta inſtitutioni factæ de aliquo erat cauſa habilis ad inualidandum inſtitutionem.

11 Intellectus §. Libertus l. etiam. ff. de bon. libert.

12 Conditio de morte patris adiecta inſtitutioni de poſthumo erat cauſa habilis ad inducendum uotum captandæ mortis de patre poſthumi.

13 Subſtitutio uulgaris ſub conditione mortis hæredis inſtituti de iure xij. tab. ualebat: & de ratione diſcutitur.

14 Stipulatio concepta ſub conditione mortis alicuius tertij de iure xij. tabularum ualebat: & ratio aſſignatur.

15 Inſtitutio poſthumi alieni ualet quotiens non concipiatur ſub conditione mortis patris ſui.

16 Intellectus ad tex. in §. fi. leg. quidam relegatus. ff. de reb. dub. & ad l. extraneo. ff. de uentre in poſſeſſ. mittendo.

17 Regula antiqua, quod poſthumus alienus non poſſet inſtitui, in quibus terminis procedat.

18 Intellectus ad leg. pen. ff. de leg. primo.

19 Prætoris prouiſio, per quam poſthumus alienus uocatur ad bonorum poſſeſſ. quid operetur & quos effectus pariat.

20 Declaratio ad tex. inſtit. de bon. poſſeſſ. in principio.

21 Intellectus ad tex. in §. poſthumus inſt. de legatis.

22 Poſthumus ſuus, quis ſit & quid Poſthumus alienus.

23 Intellectus ad tex. in §. poſthumo inſt. de legatis.

24 Prouiſio Galli non inducit factionem teſtamenti paſſiuam cum poſthumis nondùm natis.

25 Formam tantùm inducit ſub qua & ſecundum quam utiliter poſſint inſtitui.

26 Prouiſio leg. Velleyæ ad quid pertineat & quid de nouo inducat.

27 Poſthumi nondùm nati de iure xij. tab. & ciuili, etiã extrà illos caſus in quibus loquuntur Gallus Velleyus & Iulianus erant capaces.

28 Ad impediendum nè poſthumi nepotes uti præteriti rumpant teſtamentum ne ſufficiat illos ſubſtituere in ſecundo gradu, an uerò requiratur inſtitutio in primo.

29 Vera præſuppoſita Sceuolæ referuntur & declarantur.

30 Inſtitutio de nepote iuxtà conſilium Galli facta, interpretatur, ut habeat uim nedùm inſtitutionis in ſecũdo, ſed etiam inſtitutionis in primo gradu, proualiditate teſtamenti.

31 Inſtitutio de nepote ſub conditione, ſi filius uiuo patre deceſſerit, duplici ratione antè Gallum reddebatur inutilis. quæ rationes hodie ceſſant poſt prouiſionem Galli.

32 Intentio Galli Velleij & Iuliani pertinet ad inducẽdum formulas ſecundũ quas inſtitutio nepotis nondùm nati poſſit uideri facta in primo gradu caſu quo nepos efficiatur ſuus & in caſum ſuitatis ipſius nepotis.

33 Quid inducat prouiſio Galli circà inſtitutionem nepotis nondùm nati iuxtà præſuppoſita doctorum.

34 Intellectus huius legis in ſui principio iuxtà doctorum præſuppoſita non poteſt ſubſiſtere & reprehenditur.

35 Sed iuxtà intellectum & præſuppoſita nouiter conſiderata ceſſant omnes difficultates & uerba remanent in ſui propria ſignificatione.

36 Cauſa, propter quam Gallus induxerit, ut nepos nondùm natus poſſet inſtitui ſecundũ formam à ſe traditam, cõſiderata per doctores communiter: reprehenditur & non eſt uera.

37 Vera itaq; cauſa iuxtà intellectum & præſuppoſita nouiter conſiderata traditur.

38 Ratio dubitandi & decidendi circà prouiſionẽ Galli iuxtà nouum intellectum.

39 Ratio, uera redditur, quare Gallus nõ prouidit, quòd ſub conditione de morte filij poſſet inſtitui, nepos qui naſceretur in uita aui.

40 Ratio, quare nepos inſtitutus iuxtà Conſilium Galli cenſetur inſtitutus in primo gradu & propterea uti præteritus in primo eueniente caſu ſubſtitutionis non rumpit teſtamentum.

41 Prouiſio Galli, an inducat nouam iuris diſpoſitionẽ

contra ius antiquum an uerò interpretetur ius antiquum.

42 Interpretationes Galli circa illam reg. antiquã quod nondum natus non posset instituí.

43 Prouisio Galli qua ratione inducat & constituat ius nouum.

44 Iureconsulti an habuerint authoritatem legis condendæ addendo aut corrigendo ius antiquum an uerò solum habuerint potestatem interpretandi.

45 Et quid post tempora Augusti.

46 Intellectus §. Iulianus in l. ij. C. de uet. iu. enucl.

47 Declaratio ad §. responsa inst. de iure natur.

48 Posthumi nepotes de quibus loquitur iste tex. an cõsiderentur posthumi respectu patris, uel aui.

49 Non omnis nepos natus post mortẽ aui dicitur posthumus auo.

50 Declaratio ad leg. quod si nepotes. ff. de testa. tut.

51 Si testator legando dixerit: lego posthumis meis non includuntur posthumi nepotes qui non nascuntur sui hæredes auo.

52 Secus autem si posthumis simpliciter & absolute legauerit.

53 Posthumus uerè ille dicitur qui nascitur post testamentum patris non autem ille qui nascitur post testamentum ante mortem patris.

54 Declaratio ad tex. in liij. §. nominatim. ff. de iniusto & rup. test. & in l. si quis ita. ff. de test. tut.

55 In quacunq; materia quantumuis odiosa debet potius attendi sensus in quem uerba proferuntur q̃ propria uerborum significatio.

56 Posthumi appellatione in legibus & in statuti comprehenditur tantum natus post mortem patris.

57 Posse uerbum prolatum in hac lege an importet potestatem an uero inducat etiam necessitatem.

58 Verbum instituí prolatum à iureconsl. hic secundum doctores accipitur pro institutione secundi gradus: & malè.

59 Verius igitur est ut secundum diuersitatem casuum accipiatur etiam pro institutione primi gradus ut pulchre declaratur.

60 Institutio de nepote iuxta Consilium Galli habet sensum institutionis & substitutionis respectu diuersorum.

61 Institutio de nepote iuxta Consilium Galli non tantum locum habet cum filius desinit esse suus hæres, & nepos agnoscendo efficitur suus. Sed etiam quocunque alio casu contingat filium non esse hæredem quicquid dixerit. in l. si mater §. primo. ff. de uulga. & pup.

62 Conditio ista si filius me uiuo morietur quos casus sit apta denotare in quibus locum habeat institutio.

63 Declaratio ad leg. cum in testamento in principio. ff. de hæred. instit.

64 Institutio de nepote iuxta Cõsilium Galli quatenus habet intellectũ institutionis trahitur ad illos casus tantum secundum quos filius desinit esse suus & nepos efficitur suus. quatenus uerò habet intellectum substitutionis trahitur ad omnes casus in quibus filius institutus desinat esse hæres.

65 Præsuppositio pro uero quòd nepos nondùm natus potuerit uulgariter substitui filio instituto quomodo procedent præsuppositia Galli & Velleij.

66 Resolutio latissimè ponitur & multa dicuntur ad intellectum materiæ.

67 Posthumus substitutus fratri perpupillarem natus post mortem pupilli non rumpit uti præteritus testamentum paternum.

68 Declaratio ad unam decisionem Socini. & Ias. inf. ca. l. §. etiam si parente.

69 Conditio ista si filius me uiuo morietur. qua ratione non uitiet institutionem & substitutionem factam de nepote.

70 Nepotis appellatio utrum includat neptem & an expressio neptis in Casu Galli fuerit necessaria.

71 Noua consideratio & distinctio in materia per quam opiniones doctorum reducuntur ad concordiam.

72 In dispositione testatoris utrum masculinus sexus concipiat fœmininum.

GALLVS AQVILIVS. Lex ista in omnibus suis partibus usq; in hæc tempora uarios sensus habuit & uerus ipsius sensus in tenebris delituit: quia doctores circa eius intelligentiam & declarationem plura præsupposuerunt, quæ aliena & prorsus extranea sunt à mente Sceuolæ Iureconsulti huiusce LEGIS Authoris præstantissimi: proindè quantò plura ediderunt commentaria maiores numero & pondere auctæ sunt difficultates, adeò ut lex ista aspera & difficilis uisa sit, & quàm plures eius Decisiones iuxtà præsuppositia doctorũ uideãtur irrationabiles & absonæ ac inspecto iuris nouissimi dispositione pœnitus inutiles & superuacue: uerùm si reiectis aliorum præsuppositis nostra admiserimus ad mentem & intentionem sceuolæ, hinc candidus, sutilis, uerus, & elegans huius LEGIS sensus & intellectus apparebit, & lex ista nõ aspera, aut difficilis, sed facilis & plana reddetur, & omnes suæ decisiones non irrationabiles & superuacue: uerùm optimo iure & magna æquitate subnixe comprobabuntur, ac inspecto iure nouissimo perutiles, & quàm maxime necessarie (ut ex infrà dicendis liquebit.) In interpretatione autem LEGIS & singulorum §. §. Doctores multas & prolixas quæstiones assumpserunt & tra-

ctarunt, quæ quidem nõ pertinent ad intel lectum & proprietatem ipsius LEGIS, & materiæ: nos uerò quia intentionis nostræ præcipuè fuit uerum & germanũ huiusce LEGIS sensum & intellectum apperire: idcircò singulas eius partes tractabimus declarãdo uera præsupposita sceuolæ, sensum literæ & ressoluendo quæstiones & dubia, quæ materiam LEGIS concernunt: cæteras autem quæstiones in aliud tempus & post interpretationem totius LEGIS per tractandas differemus.

1 Ad introductionem igitur & intelligentiam huius legis præmittendũ est quòd doct. plura præsupposuerunt quæ tamen sunt falsa: et a ueritate aliena. Primò præsupposuerunt quòd de iure xii. tab. ante prouisionem Galli is qui nondùm natus esset & qui non esset futurus suus si tunc natus esset non habebat testamenti factionem ut posset institui siue sibi legari, & existimabant de hoc esse tex. in §. ille casus. uer. porrò. infrà. eadẽ lege, & quod illa regula iuris antiqui quòd posthumus alienus non posset institui, nec sibi legari de qua instituta. de bon. poss. in princ. & in §. posthumo inst. de legat. importaret istud, quòd nondùm natus qui non esset futurus tunc suus si natus esset non esset capax institutionis siue legati & sic, quòd cum illo non esset testamenti factio passiua. Secũdò præsupponebant quòd prouisiones Galli & legis Velleiæ & Iuliani de quibus in hac lege pertinebant ad inducendum de nouo ut esset testamenti factio cum illis descendẽtibus nondum natis, qui tamen essent aliquando futuri sui quàmuis tempore testamenti non tenerent primum locum in successione testatoris, & quòd emanarunt dicte prouisiones ex causa necessaria, quia si non possent institui tales descendẽtes posthumi ueluti præteriti rumperent testamen. ubi contingeret quòd nascerentur sui, uel quòd post natiuitatem efficerentur sui & quòd in hoc consistat intentio totius legis. Tertiò præsupponebant quòd etiam post istam legem de iure ciuili descendentes, & alii qui nondum nati essent extrà casus de quibus loquuntur Gallus, lex, uelleia, & Iulianus non forent capaces institutionis, seu legati: sed quòd de iure prætorio primùm: & deindè per cõstitutiones imperiales effecti sunt capaces, dùm per prætorem inductum fuit, quòd posthumis alienis institutis daretur bonorum possess. ut dicitur inst. de bon. poss. in prin. & dùm dicitur, quod per imperiales cõstitutiones fuit adhibita medella aduersus illam decisionẽ iuris antiqui, quòd posthumo alieno inutiliter legabatur, ut dicitur in d §. posthumo, quod etiã manifestè firmant Bart. & alii oẽs infra' eadẽ lege. §. ille casus. Quartò præsupponebant quòd ad euitandum nè isti nepotes posthumi casu quo nascerentur sui, uel efficerentur sui, post natiuitatem rumperẽt testm. sufficiat si sint substituti in secũdo gradu: nam uolunt quòd institutio ipsorum quæ sit uel secundũ Gallum, uel secundum legem uelleiam, uel Iulianum non intelligatur institutio, sed substitutio, & tamen, quòd sufficiat ad impediendum, ne testam. rumpatur. † Ista omnia præsupposita sunt falsa & contrà mentem iuris & legis nostræ. Nam quòd ad primũ, quòd sit omninò falsum euidenter patet ex pluribus † & primò quia nulla potuit subesse probabilis ratio propter quam constitui debuisset quòd nondùm natus esset omninò incapax institutionis & legati, & quòd cum illo non esset testamenti factio passiua: nam uanum est dicere quòd istud constitutum fuerit propter sinistram suspitionem adulterii inter tastatorẽ & uxorem illius, cuius posthumus instituebatur, ut dicebat Imo: hic per ea: quæ dicunt. Alex. & alii hic. & quia dicta ratio non potest militare in muliere testante & instituente posthumum alterius. Vanũ etiã est dicere quòd istud fuisset inductum ob illam rationẽ, quia nondùm natus esset persona incerta. argumento. tex. in §. incerte. inst. de leg. ut dicebant Cum. & soci. hic, quia falsum est quòd nondùm natus sit persona incerta, quia illi potuit relinqui per fideicommiss. l. pen. infrà de leg. i. & tamen fideicom. non poterat relinqui persone incerte. d §. incerte. Minus ẽt possumus dicere quòd fuerit inductum ob id, quia nõdùm natus non esset in rerum natura arg. tex. in §. & cũ triplici. C. de cad. tol. ut dicebant aliqui Moder. † quia illud, quod dicitur non posse relinqui hiis, qui non sunt in rerum natura procedit in his, qui desierũt esse in rerum natura, de quibus non est spes quòd possint ampliùs esse in rerum natura: & ita loquitur tex. in d §. & cũ triplici: sed nõ procedit in his, qui nondùm sunt in rerum natura de quibus est spes quod sint extituri in rerum natura (ut patet) quia illis potest relinqui per fideicom. d. l. pen. Accedit etiam quia concepti dicuntur etiam in rerum natura. l. uel si uiuo infrà. de suis et legit. Qua rõne igitur uolumus dicere quòd de iure. xii. tab. fuerit inductum, quòd nõdùm natus sit

2

3

4

incapax institutionis & legati si non possu-
mus assignare aliquam probabilem rationẽ
5 quare istud debuisset induci. Secundò quòd
dictum præsuppositum doct. sit falsum pro
batur. ex eo, quia de iure xii. tab. nõdùm na-
tus erat capax successionis ab intestato. l. an-
tiqui. ff. si pars hæredit. petat. l. i §. fi quis infrà
unde cogna. Nec possumus dicere quòd sit
differentia inter successionem ab intestato,
& successionem ex testamento eo respectu,
quia in successione ex testamento exigatur
capacitas tempore testamenti. l. si alienum §.
in extraneis. infra de hæred. inst. cum tamen
in successionibus ab intestato sufficiat adesse
capacitatem tempore mortis, & quãdo def
fertur hæreditas: Tùm quia in conditionali
institutione prout est institutio nondùm na
ti quæ est conditionalis & collata in tempus
natiuitatis l. quidam relegatus §. fi. & l. seq. in
frà de reb. dub. l. i. infrà de cond. & demonst.
l. interdum infrà de uerb. oblig. sufficit si ad-
sit capacitas tempore quo existit conditio. l.
in tempus. infra de hæred. inst. Tùm quia si
dicetur quòd adsit capacitas successionis in-
testati eo ipso quòd nondùm natus est con-
ceptus in utero tempore mortis defuncti &
tempore quo defertur hæreditas ut dicitur
in legibus prælleg. ita etiam debet sufficere
ad capacitatem successionis ex testamento
quòd nondùm natus sit conceptus in utero
tempore mortis testatoris, & tempore quo
deferenda est successio ex ipso testamento.
Accedit quia si constituerimus differentiam
in isto nondùm nato inter successionem ab
intestato & successionem ex testamento, se-
queretur unum admodum absurdum? Nàm
licet frater meus existens in utero posset mi
hi ab intestato succedere. d. l. antiqui tamen
non potuissem illum instituere hæredem ex
testamento: ita quod si uoluissem illum hæ-
redem relinquere necesse habuissem decede
re. intestatus, uel si uoluissem facere testamen
tum, opus fuisset, quòd facerem alios hære-
des, & quòd ille frater meus à mea successio
ne excluderetur. Tertiò quia si nondùm
natus est capax fideicom. d. l. pen. igitur etiã
6 institutionis & legati. Nec in ista materia
constituenda est differentia inter fideicom-
missa & institutionẽ uel legata: quia licet in
ter fideicommissa & alias dispositiones ulti
mæ uoluntatis sit differentia, in eò quia in fi
deicommissis attenditur sola uoluntas præ
ter & ultra omnem uerborum significatio-
nem: non autem in institutione & legatis. d.
l. pen §. sed non usq; instituta de lega. cũ aliis
concord. & aliàs declaratum fuit in Rub. in-
frà de leg. i. & in l. hæredes mei §. cum ita in-
fra ad trebel. non tamen est aliqua differen-
tia quòd ad capacitatem, uel incapacitatẽ eius
cui relinquitur. Quartò quia filius natura-
lis tantum nondùm natus est capax succes-
sionis ex testamento patris sui naturalis. l.
posthumum s̃ eo. & in §. posthumus institu-
ta de leg. iuxtà uerum intellectum illius tex.
de quo infrà dicetur; & tamen in isto filio na
turali tantum nondùm nato non subest illa
ratio specialitatis, quam doct. considerant
in filio legitimo & naturali, uidelicet, quòd
de necessitate debuit institui, uel exhæreda-
ri. l. inter cætera. infrà eo. & p̃ hæreditas pa-
tris sit illi debita. l. cum ratio. ff. de bon. damn-
nat. Quintò quia est testamenti factio cum
seruo illius, qui existit in utero. l. eius seruũ
infrà de hæred. institu. ergo cum eius domi-
no, qui existit in utero: ex quo seruus non
potest eẽ capax si eius dominus est incapax.
l. si mihi & tibi §. regula. infrà de leg. ii. l. non
minus. infrà de hæred. inst. Sextò probatur,
quia sunt plures leges, in quibus expressè
præsupponitur, quòd nondùm natus possit
institui & quòd illi possit legari, & sic quòd
cum eo sit testamenti factio passiua, ut in d.
l. quidam relegatus ad fin. & l. seq. infrà de
reb. dub. in l. filiusfamilias s̃ de testa. l. extra-
neo. infrà de uen. in poss. mitt. Nec possumus
dicere quòd dicta iura loquãtur de iure præ
torio, quo iure etiam secundum doct. potest
institui. instituta de bon. pos. in prin. quia ista
solutio non potest procedere, tũ quia dicta
iura procedunt ex responsis prudentũ, quæ
constituunt ius ciuile §. responsa institu. de
iure nat. l. ius ciuile. ff. de iure nat. l. ii §. ex his
ff. de orig. iur. tùm quia in d. l. filiusfam. ex-
pressè præsupponitur quòd sit cum post-
humo testamenti factio, quemadmodũ est
cũ muto & surdo: igitur præsupponit quòd
sit cum isto posthumo testamenti factio de
iure ciuili, quemadmodum est cum muto
& surdo. Tùm etiam quia dũ dicta iura non
dubitant de ualiditate institutionis illius nõ-
dùm nati uidẽtur præsupponere. quòd sit
ualida etiam de iure ciuili, quia si de iure ci-
uili esset inualida & solùm teneret de iure
prætorio dubitandum fuerat de eius ualidi-
tate, uel inualiditate. Nec refert quòd in d. l.
extraneo ponantur illa uerba: Ne fortè il-
li, qui natus bonorum possessor futurus est
denegasse alimenta uideamus: quia dicta uer
ba conueniunt etiam institutioni que sit de
iure ciuili ualida, quoniam ex dicta etiam in

stitu-

stitutione competit bonorum poss. secundũ tabul. et quòd sit testamenti factio cum illis nondùm natis quamuis non efficiantur sui hæredes præsupponitur in qualibet parte legis nostræ maximè in princ§ i.&§. fi. ut infrà declarabitur in interpretatione legis & hoc eidem uoluit Bald. hic.

7 Nec obstant ea quæ adducunt doct. Nam primò quo' ad tex. in §. ille casus in illis uerbis. procedere portò debet ut utiliter uideatur institutus, quod nullo iure fieri potuit, qui nõdũ natus erat, respõdetur quòd dicta uerba non habent illum sensum quòd is qui nondùm natus esset nullo iure posset institui & quòd nullo iure esset capax institutionis, quia oppositum determinat idem tex. in fi. in uer. quæremus: nam uult quòd illa institutio procedat quò ad illum nepotem nondùm natum, & qui nunquam factus, fuit suus: sed dicta uerba habent alium sensum & intellectum (ut declaraui in d§. ille casus.)

8 Quantum autem sit ad illam regulam quòd posthumus alienus non posset de iure ciuili. instituí inst. de bon. poss. in princ. & quòd posthumo alieno non posset legari. d§. posthumo: est aduertendum quòd dicta regula obstaret si esset cõstituta ob illam rationem, seu causam quia nondùm nati, qui non essent sui si tunc nati forent non essent capaces ex testamento & cum illis non esset testamẽti factio: sed posito quòd dicta regula non sit cõstituta ob dictam rationem, sed ob aliam: dicta regula non obstaret, quòd modò non sit constituta ob dictam rationem sed ob aliam patet euidenter non solùm ex his quæ statim dicta fuerunt, sed etiam ex aliis. Et primò quia hæc regula nõ loquitur generaliter de omnibus nondùm natis extraneis siue alienis: sed solùm de posthumis, & sic solùm de illis nondùm natis, qui sunt nascituri post mortem patris sui, quia appellatio posthumi ex propria significatione conuenit illis tantùm qui nascuntur post mortem patris sui. l. iii§. i. infrà tit. i. & quamuis aliquando cõueniat natis post testamẽtum ante mortem. l. iii§. nominatim infrà tit. i. l. si quis ita §. fi. ff. de testam. tut. Tamen istud receptum fuit solùm in filiis & descendentibus testatoris & solùm secundum largam & impropriam significationem: non autem in aliis, qui nõ essent de descendentibus testatoris ut dicetur infrà in princ. legis circa uerbum. Posthumos. Præterea licet istud procedat in dispositionibus testatoris: attamen non procedit in dispositione legis uel statutorum in qua

nunquàm appellatio posthumi intelligitur de aliis quàm de natis post mortem Patris ut concludunt Bar. & alii communiter. infrà circa uerbum posthumos, ubi dicetur: Vndé non potest dici quòd ista regula contineat

9 nondùm natos extraneos esse incapaces & cum illis non esse testamenti factionem. Verùm dico, q̃ fuit constituta dicta regula ob illã rationem: quia in institutione posthumi alterius, puta, Titii & in legato eidem facto continetur condictio de morte patris. ipius posthumi: ita quòd non posset institutio uel legatum purificari, nisi eueniat mors patris sui ante eius natiuitatem: & propter dictam condictionem reddebatur inutilis institutio uel legatum. Quòd autem institutio posthumi & legatum sibi factum contineat dictam condictionem nulla potest esse dubitatio, quia cùm appellatio posthumi conueniat solùm natis post mortem patris sui d. l. iii§. i. infrà tit. i. & statim dictum fuit: Idcircò institutio & legatum de posthumis titii compræhendit solùm filios nascituros post mortem titii ex propria significatione: non autem omnes filios nascituros ex titio: & ideò continetur condictio de morte titii & non potest habere effectum institutio seu le-

10 gatum, nisi dicta mors contingat ante natiuitatem filii, quia aliter filius non poterat esse posthumus titii. Quòd etiam propter dictam condictionem de morte patris resultaret causa habilis ad inualidandum. d. institutionem seu legatum: Probatur lege & ratione: nam uidemus quòd de iure. xii. tab. uitiabatur iustitutio nepotis iàm nati facta sub illa condictione, si filius uiuo patre testatore decederet: nam, quòd institutio posit utiliter fieri fuit de nouo inductum per dispositionem legis uelleiæ in. 2. cap. ut. infrà. ead. leg§. etiam si parente. &§. seq. & ibi fuit declaratum: sic etiam fuit de nouo inductum per legem uelleiam & per interpretationem sce uolæ, quòd nepos natus uel nondùm natus, sed conceptus in utero ex filio captiuo possit institui sub. d. conditione si filius decesserit apud hostes antequàm reuertatur, ut de nepote iam nato est tex. infrà. ead. l§. uidendũ, & in nepote nondùm nato est tex. in §. quid si is infrà. ead. l. igitur præsupponitur, quòd propter dictam conditionem uitiata fuisset institutio de iure xii. tab. ante dictas dispositiones legis uelleiæ. Nec potest dici quòd esset uitiata propter incapacitatem illius nepotis instituti quia hoc non potest dici de illo qui iam natus erat: nec etiam de illo qui non

dum

dū natus erat cuius pater erat captiuus apud hostes: quia eueniente casu quòd pater eius non reuertatur ab hostibus: sed ibi decedat censetur suus hæres etiã tempore testamenti ut declarat glo, in l. cum pater in princ. ff. de
11 negot. gest. Hoc idem probat tex. in. l. etiã §. libertus. infrà de bon. lib. Nã dum tex. ibi dubitat an ualeat institutio patroni sub illa conditione, si filius liberti testatoris illo uiuo decesserit, & decidit, quòd ualeat quo' ad effectum excludendi Patronum ne' uti præteritus de iure prætorio possit contra tabulare testa. aperte' uidetur præsupponere quòd illa institutio Patroni sub dicta conditione procedat solùm de iure prætorio quòad effectum ut illi patrono instituto cõpetat bon. possess. secundum tabul. & sic excludatur a' bon. poss. contra tab. & quàmuis doct. communiter intelligant quòd dubitatio illius testatus consistat in eo an libertus uideatur malè testatus ex eo quia filium proprium non instituit, nec expresè exhæredauit, sed solùm posuit in conditione ad exclusionem Patroni instituti: Tamen hic intellectus nullo modo potest subsistere, quoniam absonum est uelle intelligere q dubitatio in tex. illo sit de eo an propter præteritionem filii testamẽtum sit inualidum de qua præteritione nullũ uerbum fit in tex. Attentò etiam q in illo tex. non exprimitur tota series testamenti, sed solùm institutionis patroni: & ideò uidetur expressa diuinatio uelle intelligere q filius nõ fuerit institutus, nec exhæredatus: & q magis est decisio illius tex. nõ respicit totum testamentum, sed solùm institutionem patroni: & si dubitatio cõsisteret in eo an ob præteritionem filii testamentum esset inualidũ decisio respiceret totum testamentum: & ulterius q propter dictam conditionem de morte filii de iure ciuili uitiaretur institutio presupponit sceuola in qualibet particula huius legis, ut infrà dicetur in eius interpretatio
12 ne. Probatur etiam ratione: quia propter dictam conditionem de morte patris illius instituti institutio uidetur apta ad inducendum uotum captandæ mortis illius patris, nàm uxor titii, cuius posthumus fuerat institutus uidens, q filius quem habet in utero priuabitur commodo. d. institutionis & hæreditatis. d. testatoris si contingat q nascatur in uita patris sui, ipsa uel alii coniuncti illi filio quem habet in utero prætextu. d. institutionis induci poterunt ad procurandũ mortem illius Titii ante natiuitatem dicti filii ad effectum, ut possit nasci posthumus & q institutio in eius persona uerificetur. Accedit illa generalis regula, q quælibet dispositio est inualida per quam inducitur uotũ captandæ mortis. l. fi. C. de pact. Comproba tur etiam quia nulla alia ratio differẽtiæ qua re non permittatur institutio posthumi alterius prout permittitur institutio posthumi ipsius testatoris; non potest assignari nisi ista, quia institutio posthumi alterius inclu dit conditionem de morte alterius, quàm testatoris uidelicet, patris illius posthumi instituti quam non includit institutio posthumi filii testatoris. Non enim possumus dicere quòd illa fuerit ratio, quia posthumus filius testatoris de necessitate debeat institui, uel exhæredari. l. inter cætera infrà eo. & hæreditas testatoris sit sibi debita l. cum ratio infrà de bon. damnat, quia ista ratio non militat in posthumo filio naturali tatùm ipsius testatoris quia nõ est suus: nec in potestate ipsius testatoris instituta de patr. pot. in prin. & instituta. de hæred. qualit. & diff. §. sui. nec hæreditas patris est illi debita & tamen clarũ est quòd poterat institui. l. posthumum s eo. ti.
13 nec prædictis obstat quòd de iure xii. tab. poterat fieri substitutio uulgaris sub conditione mortis hæredis instituti. l. Lucius la se-
01 cunda infrà de hæred. inst. l. cum proponas. C. de hæredib. inst. quia duobus respectibus multum interest inter conditionem mortis que inest in institutione posthumi alterius & conditionem mortis illius hæredis, cui fit substitutio, que sit adiecta in ipsa uulgari: quoniam in uulgari conditio mortis illius, cui facta fuit substitutio non est præcise' necessaria, ad hoc ut habeat effectũ substitutio uulgaris, quia habet effectum quocunque casu contingat illum institutum non esse hæredẽ qua'muis non contingat casus mortis: cũ tamen sit præcise' necessaria conditio. mortis patris posthumi instituti ante eius natiuitatem, quia aliter non potest de ipso intelligi institutio, nec ipse dici posthumus patris sui: Et quia statim post mortẽ testatoris est in facultate hæredis instituti adeundo hæreditatem extinguere uulgarem: & tamen nõ est in facultate patris illius posthumi instituti extinguere institutionem de filio suo posthumo factam. Et ideo' cõditio de morte hæredis instituti non uidetur apta ad inducendum uotum captandæ mortis in ipsa substi
14 tutione uulgari, prout in institutione posthumi. Nec etiam obstat quòd de iure. xii. tab. procederet stipulatio facta sub conditione mortis alicuius tertii instituta de inutil. stipu-

lat.

lat §. ita autem, quia conditio mortis in stipulatione est omninò extitura; & ideò non facit conditionem l. si pupillus §. i. ff. de nouat. l. nàm si cum moriar. ff. de cõd. indeb. & nũ quàm potest impedire quin stipul. habeat effectum suum, quia transit etiam ad hæredes decedente stipulatore ante' euentum dictæ conditionis §. ex conditionali inst. de uerborum oblig. & propterea dicta conditio. in d. stipulatione non est apta ad inducẽdum uotum captandæ mortis, prout est apta conditio de morte alterius in dispositionibus ultimæ uoluntatis, quoniam facit conditionem & potest efficere, quòd impediatur dispositio decedente honorato ante' euentum cõditionis, quia non transmittitur ad hæredes. l. i. §. si sub conditione. C. de cad. toll. & hac ratione est apta ad inducendum uotum ca-
15 ptandæ mortis. Ex quibus infertur, ꝙ procederet institutio posthumi alterius quotiẽs non contineret conditionem de morte patris sui, quia hoc casu cessat ratio, propter quã uitiatur institutio posthumi. Istud potest exemplificari duobus modis. Primò quando existens in utero instituitur sub nomine uentris: ita ꝙ sit institutus quocunque casu siue nascatur in uita, siue post mortem patris. Secundò quando instituitur sub nomine posthumi, tamen tempore test. eius pater iam esset mortuus: nàm tunc de morte, que est de præterito non posset esse cond. l.
16 cum ad præsens. ff. si certum petat. Et in his terminis loquitur tex. in d. l. quidam relegatus §. fi. & l. seq. infrà de reb. dub. & in l. extraneo infrà. de uent. in poss. mitt. nàm loquitur de posthumo, qui extabat in utero, ut denotant illa uerba de quibus in d. l. quidam relegatus in fi. & in l. seq. uidelicet uno duobus, uel tribus, natis, &c. & in d. l. extraneo, uidelicet, uenter est in possess. mittẽdus. & ideò sequitur, ꝙ oportet præsupponere institutionem fuisse factam sub nomine uentris, uel si uolumus intelligere fuisse factam sub denominatione posthumi prout dicitur in text. oportet præsupponere, ꝙ eius pater tempore, testamenti fuisset prædefunctus: quia aliter non posset esse tempore testa. certitudo,
17 ꝙ is, qui existit in utero esset posthumus. Regula autẽ antiqua, quòd posthumus alienus non posset institui, solùm procedit quando institutio posthumi includit conditionẽ de morte patris, & istud exemplificatur quando uiuẽte titio testator instituit posthumos titii. & in his terminis debet intelligi tex. insti. de bon. poss. in princ. & in d. §. posthumo: nec dicendum est, ꝙ iste intellectus ad dicta iura & ad dictam regulã sit diuinatiuus uelle intelligere, ꝙ loquatur in casu, quo uiuat pater illius posthumi instituti propter duo. Primùm, quia dicta iura loquuntur in casu, quãdo institutio est generalis ad posthumos ẽt nondùm cõceptos: non autem quando est limitata ad eum, qui existat in utero: & si debuit comprehendere posthumos nondùm conceptos, oportet præsupponere de necessitate, ꝙ eius pater uiuat. Secundò quia in discursu totius legis nostræ semper fit mentio de posthumo alterius, cuius pater uiuit tem-
18 pore testamenti. Ex prædictis etiam infertur ad declarationem & intellectum eorum, quæ dicuntur in. l. pen. infrà de leg. i. dùm ibi dicitur ꝙ posthumo alieno possunt fideicõmissa relinqui propter duas rationes: quia in fideicommissis seruatur uolũtas, & quia obtinuit sententia Galli alienos quoque posthumos legitimos hæred. nobis fieri, in quibus uerbis tex. ille uidetur præsupponere, ꝙ non attenderetur dispositio ultimæ uolũtatis collata in posthumum alterius ubi attenderetur sola significatio uerborũ, non autem seruaretur sola uoluntas: & consequenter colligitur, ꝙ tex. uoluit duo. Primùm, quod licet testator dùm instituit posthumos titii uoluisset instituere quoslibet filios Titii nondũ natos: nascituros tamen post eius testamentum siue ante, siue post mortem titii, quia in hac institutione attenditur propria significatio uerborum: non autem seruatur sola uoluntas, quam uerba nõ significant. l. hæredes palàm ẽ de testa. l. iubemus. C. de testam. ꝙ ideò in natis post testamentũ antè mortem titii non habuisset effectum dicta institutio, quia propria significatio illorum uerborũ posthumos titii illos nõ comprehendit: sed si esset dispositio fideicom. haberet effectum in illis: ex quo in ea seruatur sola uoluntas que se extendit ad illos, qui sunt nati post te-
19 stamentum testatoris in uita patris sui titii. Colligitur etiam, ꝙ in prædicta institutione de posthumis titii, quàmuis uoluntas testantis esset limitata ad nascituros post mortem titii, quos etiã solos comprehendit propria significatio, ꝙ tamen nẽdum in illis habuisset effectum institutio: ex quo in illa attenditur propria significatio uerborum: nàm cõtineret institutio conditionem de morte ti-

tii

til, & ex propria uerborum ſignificatione non poſſet colligi alia cauſa, propter quam dicta conditio fuerit adiecta, niſi cauſa inducendi uotum captandæ mortis illius titii: & ideò uitiabatur inſtitutio: ſed diſpoſitio fidei commiſſi quamuis limitata ad eos, qui naſcerentur, poſt mortem titii, haberet effectum & procederet, quia licet contineret conditionem mortis: attamen ex ſola uoluntate, que in fideicommiſſis ſeruatur etiam præter & ultrà uerborum ſignificationem poteſt conſiderari alia ratio, ſeu cauſa apponendi dictam cõditionẽ de morte patris, quàm ratio, ſeu cauſa inducendi uotum captandæ mortis illius titii patris poſthumi, cui fuit relictum fideicommiſſum. Videtur etiã præ ſupponere, quòd nullo modo poteſt dici inualida diſpoſitio fideicommiſſi propter incapacitatem poſthumi, cui fuit relictum: ex quo obtinuit ſententia Galli alienos poſthumos legitimos hæredes nobis fieri, id eſt cẽſuit Gallus, ꝙ poſthumi etiam alieni ſunt capaces, & quod ſi inſtitutio ipſorum reiicitur, id non ſit propter eorum incapacitatẽ, ſed propter aliã cauſam illam uidelicet, de qua ſ dixi quia continebat conditionem de morte patris & eius ſententia fuit recepta. & ſi rectè cõſiderabis: tex. ille dùm uult, ꝙ ratio differentiæ, propter quam procedat diſpoſitio fideicommiſſi collata in poſthumum alienum, & non procedat inſtitutio, uel alia diſpoſitio. ultimæ uoluntatis, nõ ſit ex eo, quia ſit incapacitas in ipſo poſthumo, ſed quia in fideicõmiſſis ſeruatur ſola uolũtas in aliis uerò attẽditur propria uerborũ ſignificatio et ille tex. euidenter uoluit præſupponere illa omnia, quæ ſuprà dicta & declarata fuerunt.

19 Tertiò infertur, ꝙ prouiſio prætoris per quam datur bonorum poſſ. poſthumo alieno inſtituto, de qua inſtituta. de bonorũ poſſeſſ. in prin. non pertinet ad inducendum capacitatem in illo nõdùm nato inſtituto, ſeu quòd cum illo ſit teſtam. factio: ſed pertinet ad ſuſtinendum dictam inſtitutionem: non obſtante illo uitio conditionis de morte patris quam continebat dicta inſtitutio. Iſtud non ſolùm probatur ex his, quæ ſuprà dicta fuerunt, quæ oſtendunt nondùm natos eſſe capaces & cum illis eſſe factionem teſtamenti, ſed etiam probatur ex eo, quia ſi reuera nondùm natus eſſet incapax ac cum illo nõ eſſet teſtamenti factio, ius prætorium nõ potuiſſet illum capacem facere, nec illi dare bonorum poſſeſſionem. l. non eſt §. ubicunque

20 ff. de bon. poſſ. Probatur etiam, quia tex. inſt. de bon. poſſ. in princ. dùm dicit, quòd poſthumus alienus inſtitutus iure ciuili non poterat adire hæreditatem, quia inſtitutio non ualebat; non uidetur præſupponere, ꝙ poſthumus eſſet incapax, ſed potiùs, capax dùm uult, ꝙ non poſſit adire, ex quo inſtitutio erat inualida, non quia eſſet incapax, nec quia non poſſet inſtitui: Similiter dùm tex. in d. §. poſthumo inſtituta de legat. dicit, ꝙ poſthumo quoq; alieno inutiliter anteà legabatur, quia uerba iſta important ſolùm, ꝙ non eſt cõceſſum, ut poſſit legari poſthumo alieno: ita ꝙ non fuit receptũ legatum, quod fit poſt

21 humo alieno: non autem, ꝙ poſthumus alienus prohibeatur capere, igitur non poſſunt importare, ꝙ poſthumus alienus ſit incapax, aut ꝙ cum illo non ſit teſtamẽti factio, quia quilibet cenſeri debet capax niſi per legem prohibeatur capere. l. ab ea. ff. de prob. Accedit etiam, quia dùm tex. inſt. de leg. §. legari autem: dicit, ꝙ hiis ſolùm poteſt legari, cum quibus eſt teſtamenti factio: & poſteà in §. incertis & in §. poſthumo abſolutè dicitur, quòd incerte perſone legata relinquũ olim non eſſet conceſſum. & in §. poſthumo quòd anteà inutiliter legabatur poſthumo alieno. & nõ dicitur, quòd de nouo ſit cum illis inducta teſtamẽti factio, colligitur, quòd tex. præſupponat legatum fuiſſe olim inutile, quod relinquatur perſone incerte & poſthumo alieno ob aliam rationem, quàm quia cum illis non eſſet teſtamẽti factio: quia ſi priùs ob dictam cauſam, quia eſſent incapaces legatum eſſet inualidum, utique oportebat dicere, quòd ſint facti capaces, ut procedat de iure nouo legatum illis factum (ut dicitur in tex.) quia durante eorũ incapacitate legatum non poſſet eſſe ualidum. d. §. legari. Et quòd dicta conditio mortis, ſub qua facta fuiſſet inſtitutio de iure prætorio procedat, eſt caſus in. l. etiam §. ſi libertus. infrà de oper. libert. iuxtà uerum intellectum illius

21 tex. quem ſ dedi. Nec obſtat, quòd tex. inſt. de bon. poſſ. in princ. dicat. Noſtra conſtitutione poſthumus alienus rectè inſtituitur quaſi iure ciuili non incognitus. quæ uerba prima facie uidentur importare, quòd anteà de iure ciuili non eſſet cognitus, ſed pænitus incapax: quia pro ſolutione eſt aduertẽdum quòd dicta uerba non poſſunt intelligi in illum ſenſum, quod perſona poſthumi eſſet in

cognita

cognita de iure ciuili & consequenter incapax, quia hoc est manifestè falsum cũ sit cognita de iure ciuili & facta capax successionis intestati. l. antiqui. ff. si pars hæred. pet. cũ aliis cõcordantibus: sed sensus est, q hic modus instituendi posthumum alienum nõ sit de iure ciuili incognitus, sed receptus, uel quo'd institutio posthumi alieni non sit incognita; quod etiam suadetur ex uerbis præcedentibus, in quibus dicitur. sed & is a' nostra constitutione rectè hæres instituitur. quæ uerba uidentur pertinere non ad denotandum, quo'd sit inducta potentia instituendi dictum posthumum, sed quo'd sit inducta rectitudo in ipsa forma institutionis.

21 Ex prædictis etiam infertur quis sit uerus sẽsus & intellectus, tex. in. §. posthumus autem alienus inst. de legat. quatenus in eo dicitur, quo'd posthumus alienus hæres institui & antea poterat & nunc potest. Nàm dicta uerba nõ possunt recipere illum sensum, quo'd antea poterat institui de iure prætorio, prout intelligunt communiter doct. quia dicta uerba exprimũt, quo'd antea posset institui, prout potest nunc: sed etiam nunc potest institui de iure ciuili: igitur etiam antea de iure ciuili: Ideo' aduertẽdum est, quo'd tex. ille potest intelligi duobus modis. Primo' in posthumo, qui sit filius naturalis tantùm ipsius testatoris, qui licet sit proprius posthumus testatoris, non autem posthumus alterius, est tamen alienus & extraneus hæres ipsius testatoris: & iuxtà istum sensum illud adiectiuum. alienus. debet referri ad substantiuum. hæres. non autem ad substantiuum. posthumus. ueluti si dictum esset. Posthumus, subaudi testatoris, alienus hæres. & iuxtà istum intellectum tex. ille non contradiceret, sed concordaret cum illa regula antiqua. quo'd non ualeret institutio posthumi alieni. quia dicta regula intelligitur de posthumo alterius, nõ autem de posthumo filio testatoris quãuis sit extraneus hæres, quia institutio de eo erat ualida l. posthumum §. eo. est etiam casus in l. si quis posthumo §. i. § eod. Nàm dũ tex. dicit, quo'd institutio filii mei, qui mihi nascetur ex ea, que sit alteri nupta, sit nulla ob illam rationẽ, quia turpis. præsupponit, quo'd indistinctè procederet ubi esset de illo, qui mihi nascetur ex ea, que non esset alteri nupta quàmuis non esset uxor mea. Potest etiã intelligi tex ille, quo'd loquatur in posthumo, qui sit filius alterius, quàm testatoris: ita quo'd illud adiectiuum. alienus. referatur ad substantiuũ. posthumus. eo casu tamen, quo institutio talis posthumi non contineat conditionem de morte patris ipsius posthumi instituti, quia esset facta sub nomine & denominatiõe uẽtris, nõ aũt sub denominatione posthumi: uel si esset facta sub denominatione posthumi, præsupponamus patrẽ illius posthumi fuisse defunctum tempore testamenti: nec iste intellectus potest dici diuinatiuus ad illũ tex. quoniam loquitur de illo, qui extabat in utero, ut denotant illa uerba. Nisi in utero eius sit, que iure nostro uxor esse non potest. quo casu (ut dictum fuit §) non potest illi cõuenire denominatio posthumi, nisi præsupponam us patrem eius tempore testamenti fuisse præ defunctum. Et iuxta' istum intellectum, tex. etiã non contradicit prædicte regule. quo'd non procedit institutio posthumi alieni. quia (ut § fuit declaratum) dicta regula nõ procedit nec loquitur in casu, quando institutio talis posthumi non includit conditionẽ de morte patris sui: Verum quia dum tex. ille subdit illam exceptionem. Nisi in utero eius sit. que iure nostro uxor esse non põt. uidetur uelle, quo'd de iure nouo non procederet institutio talis posthumi in casu dictæ exceptionis: & tamen dicta exceptio non posset procedere, ubi posthumus existens in utero non esset filius testatoris: ex quo licet iste natus ex coitu damnato sit incapax ex testamento patris sui. §. fi. in auth. quib. mod. na. effi. sui. est tamen capax ex testamento alterius, qui non sit eius pater. l. fi. & quod ibi notatur. C. de natur. libe. propterea primus intellectus. q loquatur de filio testatoris. uidetur melior, quàmuis tamen (defendendo alium intellectum. quo'd loquatur in filio alterius quàm testatoris.) posset pro solutione difficultatis dici, quo'd licet ego possem instituere filium alterius natus ex damnato coitu: non tamen possem instituere filium alterius conceptum ex damnato coitu nondum natum: ob illam fortè rationẽ, quia præsumptio sit, quo'd istum nondum natum ego instituam contẽplatione patris sui, quasi quo'd sicut pater non posset illi relinquere, ita nec alius contemplatione patris: que ratio cessat, quando esset natus, quia posset dici, quo'd institutio sit facta contemplatione ipsius instituti, et non cõtemplatione patris sui: tamen ista solutio non concludit, nec probatur iure.

12 Infertur etiam resolutio illius articuli uidelicet. quis dicatur posthumus suus, & quis dica-

tur posthumus alienus; de quo ambigunt doct. hic: nàm concludendum est, q si agitur de eo, qui sit filius testatoris, is nunquàm dicetur posthumus alienus, quàmuis non existat suus hæres, quia sit naturalis tantùm: sed semper dicatur posthumus suus, idest proprius testatoris, sicut dicitur eius filius: & ideò dicta regula, quòd posthumus alienus non rectè instituereturnõ pertinet aliquo modò ad filios testatoris. d. l. posthumum d. l. si quis posthumus §. i. ſ. eo. d §. posthumus autem inst. de leg. si uerò agitur de illo, qui non sit filius testatoris, sed alterius, tunc seruanda est distinctio de qua in §. posthumo inst. de leg. & de qua etiã per doct: uidelicet, quòd si est de eo certitudo, quòd natiuitatis tempore sit futurus inter suos, tunc dicetur posthumus testatoris, non autem alienus: si quidem non est certitudo, q tempore natiuitatis sit futurus suus hæres testatoris, non dicetur posthumus testatoris, seu posthumus suus: sed alienus. Ratio autem quare in primo casu dici posit posthumus testatoris, quàmuis non sit eius filius, cùm tamen quis non dicatur posthumus nisi respectu patris sui. l. iii §. i. infrà tit. i. est, quia cùm sit certitudo, quòd iste posthumus tempore natiuitatis sit successurus in locum filii & sui hæredis & quòd agnascendo efficietur suus hæres testatoris in uicem & locum filii: propterea dicetur esse loco posthumi testatoris, sicut est loco filii inst. de exhæred. lib. §. posthumorũ. & infrà tit. i. l. posthumorum. Ratio autem, quare in secundo casu non posiit dici posthumus proprius, uel suus testatoris, sed solummodo alienus, est, quia cùm non sit filius testatoris, nec succedit in locum filii, quia filius testatoris ad huc existit, nullo respectu potest dici posthumus testatoris: sed solùm posthumus alterius uidelicet, patris proprii: Vndè dico, quòd licet Alex. & alii. ſ. in Rub. concludant, q nati post testamẽtum illius, de cuius successione agitur dicantur posthumi; tamen istud dictum non potest procedere nisi in his, qui sunt filii uel loco filiorum dicti testatoris: nõ autem in aliis: quoniam alii non possunt dici posthumi testatoris, sed solùm posthumi parentum suorum quatenus nascuntur post eorum mortem (ut patet ex prædictis.) Concludo etiam, q donec uiuit filius, nepos nasciturus ex eo nõ poterit dici posthumus aui testatoris & sic suus posthumus: sed solùm posthumus alienus. i. posthumus alterius, uidelicet, patris proprii inquãtum contingat illum nasci post mortẽ patris sui, ut ẽt cõcludunt cõiter doct: hic post Bar. infrà in §. ille casus. Ratio, quia donec existit filius, non est certitudo, quòd tempore natiuitatis sit futurus suus: igitur &c. Pro quo ẽt est casus in prin. l. nostre. iuncto tex. in. l. pen. infrà de leg. 1.

23 Et quàmuis aliqui dixerint, quòd tex. in d. §. posthumo. probat, quòd talis nepos dicatur posthumus suus etiam donec existit filius, putantes, quòd illa descriptio posthumi alieni, quam ponit ille tex. uidelicet, quòd is dicatur posthumus alienus, qui natus inter suos futurus non est, non conueniat huic nepoti nascituro ex filio, quia posibile est, quòd nascatur suus si contingeret eius patrẽ mori antè eius natiuitatem: & putãtes, quòd dùm tex. exemplificat posthumum alienum in nepote concepto ex filio emãcipato, præsupponat, quòd nepos conceptus ex filio in potestate non dicatur alienus posthumus: tamen quidquid ipsi dixerint, opinio cõis est indubitata & tex. ille probat cõem, pro ut ẽt Bar. in. d §. ille casus allegat illum tex. ad probandum dictam cõem: nam illa uerba. Qui natus inter suos futurus non est. non habent illum sensum, qui necessariò inter suos futurus non est, iuxtà quem sensum sequeretur, quòd is, qui aliquo casu posset nasci inter suos, nõ esset alienus posthumus; Sed habẽt istum sensum. qui natus potest non esse inter suos. Ita quod dummodo possibile sit, quòd non nascatur suus dicatur esse posthumus alienus testatoris; & iuxtà istum sensum dicta descriptio conueniret nepoti nascituro ex filio donec filius existit; & ita uoluit intelligere Bart. in. d §. ille casus. dùm allegat illum tex. pro opinione, quòd talis nepos sit posthumus alienus. Nec etiam illa uerba. Et ideò ex emancipato filio conceptus nepos extraneus erit posthumus auo. à contrario sensu præsupponunt, quòd conceptus ex filio in potestate non sit extraneus posthumus: quoniam dicta uerba in sensu directo loquuntur solùm de nepote concepto post emancipationẽ filii: Hoc enim important illa uerba. Et ex emãcipato filio conceptus nepos. & ideò dicta uerba à contrario sensu solùm uidentur præsupponere, q nepos conceptus antè emancipationem filii & sic antequàm filius fuisset emancipatus non esset extraneus posthumus, sed suus auo, quia tũc est certitudo, quòd nascetur suus postquàm filius fuit emancipatus cùm nascatur in aui

pote-

potestate inst. quib. mod. ius pat. potest. soluit §. illud: non autem uoluit præsupponere, ꝙ conceptus ex filio in potestate, non dicatur posthumus extraneus auo donec filius permanet in potestate.

24 Quò etiam ad secundum præsuppositum doct. clarum ẽt est, ꝙ deuiat à ueritate, quia cùm de iure xii. tab. & antè prouisiones, de quibus in hac lege nondùm nati essent capaces successionis, & cum illis foret testamenti factio, nulla ratione possumus dicere, ꝙ prouisiones Galli & legis uelleiæ pertineant ad inducendum de nouo, ut esset testamenti factio cum istis descendentibus nõdùm natis, qui tamen aliquando essent futuri sui. Præterea, quòd in specie prouisio Galli non pertineat ad istud, indicant uerba illa, de quibus in prin. legis, uidelicet. Sic posse institui posthumos nepotes induxit. quæ non uidentur apta ad denotandum, quòd prouisio Galli pertineat ad inducendum in nepote nondũ nato testamenti factionem, quam priùs non haberent, quia ad denotandum hoc, exigebantur hæc uerba, uidelicet. Gallus acquilius posse instituí posthumos nepotes induxit dummodo sic & sub forma, de qua in text. instituantur. Verùm dicta uerba sunt apta solummodo ad denotandum, ꝙ prouisio Galli pertinet ad inducendum potentiam instituendi nepotem nondùm natum sub dicta conditione, seu sub dicta forma. Et si prouisio Galli principaliter pertineret ad inducendum testamenti factionem cum isto nepote nondùm nato, & secundariò ad inducendũ formam, sub qua eius institutio debuisset cõcipi, utiq; debuissent exprimi uerba, quæ denotarent illud, ad quod principaliter pertinet prouisio Galli: non autem sufficeret exprimere uerba, quæ denotarẽt solummodo illud, ad quod secundariò pertinet, uidelicet formã sub qua debuisset cõcipi institutio. Accedit, quia (ut infrà dicemus) nec Gallus nec alii iureconsulti habuissent facultatem inducendi Capacitatem & testamenti factionem passiuam in istis nondùm natis si illam priùs nõ hobuissent, quia, nec etiam prætores potuissent istud inducere. l. non est ambigendũ, §. ubicunq; infrà de bo. poss. & dictum fuit s. Et quia (ut infrà declarabitur) nec Gallus, nec alii iureconsulti habebant authoritatem legis condẽdæ addendo aliquid de nouo præ-
26 ter & ultrà mentem iuris antiqui. Similiter quòd prouisio legis uelleiæ nõ pertineat ad inducendum de nouo cum isto nepote nondùm nato capacitatem seu testamenti factionem passiuam, patet, quia secundum caput legis uelleiæ pertinet non ad permittendum, quòd possit fieri institutio, sed ad prohibendũ ne' testam. rumpatur, ut expressé dicitur in §. ille casus uers. deniq;. Et quod magis est, loquitur etiam in his, qui tempore testamenti iàm essent nati, de quibus nulla potest esse dubitatio quin forent capaces & ante' Gallũ & ante' legem uelleiam. Præterea lex uelleia pertinet etiam ad inducendum, ꝙ isti nepotes nondùm nati possint exhæredari, ut dicit tex. in l. posthumi infrà tit. i. & tamen ad exhæredationem ipsorum non exigitur, ꝙ sit capacitas ex testamento, quinimò, ut dicit tex. in §. nũc de lege & §. & quid si is. & per totam legem, prouisio legis uelleiæ principaliter tendit ad excludendum ipsos nepotes á ruptella testamenti: non igitur ad inducendum de nouo capacitatem, uel testamenti factionem passiuam in istis nepotibus nondũ natis. Nec possumus dicere, quòd pertineat æquè principaliter ad utrũq;, uidelicet, & ad inducendum potestatem instituendi posthumos nepotes, & ad excludendum illos institutos à ruptella testamenti in quantum præsupponamus, ꝙ potestas instituendi sit inducta ob dictam rationem, ne' uti præteriti rũpant testamentum, quia (ut s dictum fuit) dispositio secundi capitis non pertinet ad inducendum dictam potestatem instituendi: sed solùm pertinet ad prohibendũ ne' testã. rumpatur: Et etiam quia non posset dici, ꝙ utrunq, sit inductum per legem uelleiã, quia filius, uel nepos institutus non prohibetur à ruptella per legem uelleiam, sed ante' legem uelleiam per ius xii. tab. ex quo nõ posset dici præteritus. & quia ad inducendũ prohibitionem ne' testam. rumpatur, non erat necesse inducere ptãtem illos instituendi, cũ istud fieri potuisset ẽt per ipsorũ exhæredationẽ. d. l. posth. infrà. ti. i. Cõfunditur ẽt istud præsuppositũ ex pluribus, quæ infrà dicam in in-
27 terpretatione legis. Quo' ad tertiũ præsuppositum doct. clarum ẽt est, ꝙ nullo modo põt procedere, quoniã cũ ante' prouisiones huius legis nondùm nati essent capaces & cũ illis eẽt test. factio, (ut s dictũ fuit) & per prouisiones Galli & legis uelleiæ non sit limitata nec restricta eorum capacitas, seu testa. factio, consequens ẽt est, ꝙ illam retinuerunt etiam extrá illos casus, de quibus loquuntur

Gallus & Velleius & Iulianus. Præterea de hoc eſt caſus in §. fi. infrà ead. l. nàm in caſu illius tex. agitur de inſtitutione nepotis nondùm nati tempore teſtamenti, qui nunquã fuit factus ſuus, nec in natiuitate, nec poſt: & ſic eſt extrà caſus de quibus loquuntur Gallus, Velleius, & Iulianus: & tamen deciditur, quo'd ex ſua inſtitutione efficitur hæres uoluntarius. Et diſpoſitio iuris prætorii & conſtitutionum Imperialiũ, de quibus inſt. de bon. poſ. in princ. & in d. §. poſthumo inſt. de leg. non pertinent ad inducendum de nouo teſtamenti factionem paſſiuam in iſtis nondùm natis: ſed ſolùm ad tollẽdum illud uitium, propter quod uitiabatur inſtitutio Poſthumi alieni, quod uitium non cauſabatur ea ratione, quia nondùm natus eſſet incapax: ſed quia inſtitutio poſthumi includebat conditionem de morte patris ipſius poſthumi inſtituti.

28 Quo' etiam ad quartum & ultimũ præſuppoſitum doct. uidelicet, quo'd ſufficiat inſtituere, uel ſubſtituere iſtos poſthumos nepotes in ſecundo gradu ad hoc, nè poſsint uti præteriti rumpere teſtamentum: idem concludendum eſt, quo'd nõ ſubſiſtat, ſed ſit omnino' falſum, & confunditur per plura. Et primo', quia cũ iſti nepotes poſthumi eſſent ſolùm inſtituti in ſecundo gradu & præteriti in primo, uti præteriti in primo rumperent teſtam. l. iii. §. fi. ſ. eo. l. nàm & ſi ſub cõditione §. i. infrà' tit. i. & dictum fuit poſt Bar. et alios in l. i. in ſecundo effectu uulgaris. infrà' de uulg. Secundo' confunditur, quia ſecũdum caput legis uelleiæ, dùm non permittit inſtitui, ſed uetat rumpi, ut dicitur in §. ille caſus, præſupponit, quo'd licet nepos poſsit ſuccedere ex ſubſtitutione & uti inſtitutus in ſecundo gradu: quia tamen non eſſet inſtitutus in primo rumperet teſtamentum niſi ex uelleia prohiberet, ut latius declarabitur. infrà' in §. ille caſus.

29 Poſtpoſitis igitur prædictis omnibus præſuppoſitis doct. concludendum eſt, quo'd ſcæuola author legis noſtræ præſuppoſuit, ꝙ nondùm nati poſſent inſtitui etiam antè Gallum & eſſent capaces & haberent teſtamenti factionem paſſiuã, quod etiam uerũ eſt, (ut patet ex his, quæ ſupra' dicta fuerunt) & ideo' præſuppoſuit, ꝙ ſi ſimpliciter & abſolutè nepos nondùm natus, eſſet datus cohæres filio non adiecta illa conditione de morte filii, ꝙ eius inſtitutio ualuiſſet & teſtamentum nunquàm potuiſſet propter præteritionem dicti nepotis in caſu prædicto rumpi, quia in caſu iſto non poterat militare illa regula, ꝙ inſtitutio poſthumi alieni foret inutilis: quia cùm nepos nondùm natus, eſſet datus cohæres filio etiã in caſu quo non exiſtat poſt humus & naſcatur in uita patris ſui, eius inſtitutio non poſſet dici de poſthumo alieno, nec cadere ſub dicta regula, quia nec etiam contineret conditionem de morte patris dicti nepotis: Præſuppoſito etiam, ꝙ ſi nepos nondũ natus, eſſet ſubſtitutus filio inſtituto quocunque caſu filius non exiſteret hæres, quàmuis hic nepos nunquam efficiatur ſuus, ꝙ d. ſubſtitutio eẽt utilis & ex ea nepos efficeretur hæres uolũtarius. ut eſt caſus infrà' ea. l. §. fi. & ibi dicetur. Et ratio eſt, quia cõditio de morte hæredis inſtituti quàmuis expreſſa non uitiabat ſubſtitutionem uulgarem (ut ſ fuit declaratũ.)

30 Secundo' præſuppoſuit, ꝙ licet huiuſmodi inſtitutio de nepote ſiue nato, ſiue nondùm nato & naſcituro poſt mortẽ filii in uita uel poſt mortem aui, concepta ſub conditione. ſi filius decederet uiuo auo. habeat ſenſum uulgaris inſtitutionis factæ in ſecũdo gradu, & hoc eſt indubitatum, & admittunt omnes doct. dùm per totam iſtam legem exponunt uerbum. inſtituit. pro ſubſtituit, & eſt caſus in l. cum in teſtõ in prin. infrà' de hæred. inſtit. & in l. ſi mater §. fi. infrà' de uulg. & iſtud præſuppoſuit te. in §. ille caſus & §. fi. ut ibi dicetur: & eſt ratio euidens, quia cum illa conditio. ſi filius meuiuo non deceſſerit. ſit neceſſaria in inſtitutione filii, ex quo oportet, ꝙ hæres inſtitutus ſuperuiuat teſtatori ad hoc, ut inſtitutio procedat: Idcirco' conditio contraria, uidelicet, ſi filius deceſſerit dicetur expreſſa, uti neceſſaria ad denotandum caſum, in quo defitiat inſtitutio filii & ad denotandum, ꝙ inſtitutio nepotis ſit facta in caſu quo defitiat inſtitutio filii facta in primo gradu. Attamen hæc ſola ſubſtitutio facta in ſecundo gradu caſu quo iſte nepos efficeretur ſuus non fuiſſet ſufficiens ad conſeruandum teſtamentum & ad impedien dum, nè præteritione huius nepotis teſtamentum rumpatur, quoniam illi, qui ſunt ſui & neceſſarii hæredes debent eſſe inſtituti uel exhæredati in primo gradu, aliàs uel faciunt, ꝙ primus gradus ſit nullus à prin. ubi ſunt ſui tempore teſtamenti. l. iii. §. fi. ſ. eo. uel rumpunt ſi fiunt ſui ex poſt facto. l. nam & ſi ſub conditione. §. i. infrà' tit. i. & dictum fuit ſ & latiùs infrà' dicetur in §. ille caſus. Et propterea ad ſuſtinen-

dum

dum testamentum, opus fuit inducere, quod institutio de nepote nato, siue nondum nato concepta sub dicta conditione. si filius meus uiuo decesserit. interpretatur facta in primo gradu & ꝙ possit esse utilis quamuis accipiatur in sensū institutionis factæ in primo gradu; & hoc præsupponitur in qualibet parte huius legis, nam semper denominatur institutio huius nepotis, & ꝙ testator illum instituat & ꝙ ipse nepos sit institutns: & quāuis doct. exprimant. instituit. pro substituit: attamen, ista expresio non est de mēte legis nostræ, quia ubiq; tex. noster accipit uerbū. instituit. pro institutiōe primi gradus: ex quo quoties contingit istum nepotem institutū effici suum hæredē auo, de necesitate ut sustineatur testamētū, debet accipi in sensum institutionis primi gradus.

31 Tertiò præsupposuit scæuola, ꝙ anté Gallū duplici ratione reddebatur inutilis institutio huius nepotis, siue nati, siue nondum nati cōcepta sub conditione. si filius uiuo patre decederet. Primó, quia uerba huius institutionis non uidentur exprimere institutionem primi gradus, sed solùm institutionem secundi gradus, & sic substitutionem, & ideó in casu quo nepos efficeretur suus non poterat esse utilis ad impediendum, né ipse nepos rumperet testamentum uti nō institutus, sed præteritus in primo gradu. Secundó quia quàmuis accipiantur in sensum institutionis in primo gradu: attamen quia continet conditionem de morte filii, in cuius euentum omninò purificaretur institutio, reddebatur inutilis, quia (ut ś dictū fuit) illa conditio de morte filii erat causa habilis ad inualidandum institutionem primi gradus; sed quotiens sumi posset interpretatio, per quam dicta institutio acciperetur etiam in sensum institutionis primi gradus & ꝙ conditio de morte filii foret adiecta solùm ad denotandum, ꝙ dicta institutio precisè fuerat facta in casum suitatis ipsius nepotis & quod in morte filii non purificaretur institutio: sed expectandus esset euentus alterius conditionis tunc institutio reddebatur utilis quāmuis nepos efficeretur suus, quia tollebatur illud uitium, propter quod mediāte dicta conditio
32 ne de morte filii uitiabatur institutio. Et tota intentio Galli & legis uelleiæ & Iuliani & Sceuolæ in ista lege pertinet ad constituendum formulas institutionis huius nepotis nondum nati, iuxtà quas induci posit dicta interpretatio, ꝙ accipiatur in sensum institutionis in primo gradu & tollatur uitiū illud, quod irritabat institutionem propter illā conditionem de morte filii, prout patebit ad oculum ex his, quæ infrà dicemus circá interpretationem cuiuslibet partis huius legis: ex quo etiam sequitur, ꝙ decisiones huius legis inquātum pertinent ad faciendum, ꝙ huiusmodi institutio de nepote nondum nato sub dicta cōditione de morte filii accipiatur in sensum institutionis in primo gradu, procedant & sunt etiam necessariæ de iure hodierno ad effectū, ut nepos factus suus censeatur institutus etiam in primo gradu, & ne' posit uti præteritus in
33 primo rumpere testamentum. His sic præmisis deuenio ad interpretationem huius legis, in qua seruabo istum ordinem. Formabo námq; omnes dubitationes necessarias circa' quamlibet decisionem huius legis, quas prosequar, & iuxtà præsupposita doct. & iuxtá præsuppositum nostrum ad hoc, ut appareat uerisimum eē id, ꝙ ś præmisimus, uidelicet, ꝙ præsupposita doct. non sint de mente legis nostræ, & ꝙ à ueritate deuiant, sed præsuppositum nostrum sit omninò necessarium & uerū & de mente legis nostræ in omnibus ferè uerbis suis. Quæstiones autem, quas attingūt doct. non pertinétes ad legis nostræ interpretationem, reseruabo pertractandas post interpretationem totius legis, ne' continuatio & contextus interpretationis interrumpatur.

34 Et in principio huius legis Scæuola simpliciter refert prouisionem Galli circá institutionē huius nepotis nondùm nati: & licet uerba huius principii sint clara, occurrunt tamen plures necessariæ dubitationes circa' decisionem, seu prouisionem Galli relatam per Scæuolam
35 in isto principio. Prima est, quid inducat ista decisio seu prouisio Galli, de qua loquitur
36 Scæuola in principio huius suæ legis. Si præsupponimus, ꝙ tempore Galli non esset testamenti factio cum istis nondúm natis, qui nō essent futuri sui hæredes testatoris si nati forēt tempore testamenti (pro ut præsupponunt doct.) opporteret dicere. ꝙ Gallus in hac sua prouisione induxit, ut esset testamenti factio cum isto nepote nondùm nato, ita ut possit instituí ab eius auo, dummodo tamen institutio sit limitata & restricta ad casum, in quo iste nepos nascatur suus hæres post mortem aui: sed in aliis casibus uoluit adhuc non esse testamenti factionem cum dicto nōdùm nato. Et ita communiter doctores intelligunt istud

prin-

principium & hanc decisionem Galli. Et iuxtá istud præsuppositum, seu intellectum docto. oporteret præsupponere, ꝙ Gallus iure consultus habuisset authoritatem legis condendæ addendo aliquid de nouo ad ius antiquum, uel illud in aliquo corrigendo: quia hoc uenit in consequentiam præsupponendo, quód contrà decisionem iuris antiqui inducat in isto nepote nondùm nato testamenti factionem pasiuam, quam non habebat, & tamen hoc est falsum. (ut infrà dicemus.) Præterea oporteret præsupponere, quód illa uerba. sic posse institui posthumos nepotes induxit. essent accipiẽda in illum sensum; quòd Gallus induxit nepotes posse institui dummodo sic & sub forma, de qua in text. instituantur, & tamẽ si considerabis, hæc uerba non recipiũt istum sensum: nec dicta uerba sunt apta ad denotãdum, ꝙ prouisio Galli pertineat ad inducendum in nepote nondùm nato testamẽti factionem, quam prius non haberet: sed solummodo sunt apta ad denotandum, ꝙ prouisio Galli pertineat ad inducendum potentiam instituendi nepotẽ nondùm natum sub d. conditione, seu sub d. forma. Et si quis diceret, ꝙ dicta uerba etiã denotant, ꝙ prouisio Galli pertineat ad inducendum testamenti factionem in ipso nepote nondùm nato: quia in consequentiã eius, quòd induxit potentiam instituendi illum sub d. forma, induxit etiam, ꝙ cum illo foret testamenti factio. Respondeo, ꝙ præsupponendo prouisionem Galli principaliter pertinere ad inducendum testamẽti factionem in ipso nepote & deindè ad inducendum formam, sub qua concipienda esset eius institutio, opus fuisset exprimere uerba, quæ denotarent istud, uidelicet, inductionem factionis testamenti in isto nepote, ad quod principaliter pertinet prouisio: non autem sufficeret exprimere uerba, quæ denotarent illud, ad quod secundariò pertinet, uidelicet, formam, sub qua cõcipienda esset institutio. Vlteriùs oporteret præsupponere, ꝙ illud. Verbum sic posse institui &c. quàmuis quatenus refertur ad actum instituendi, denotet solùm potentiam: non autem necessitatem, prout est propria eius significatio. l. sæpe auditi cæsarem. ff. de offic. præsid. l. fi mandato §. fi. ff. mand. quia non cogitur testator instituere istum nepotem, nisi ad euitandum, nè ob eius præteritionem testamentum rumpatur: Tamẽ quatenus refertur ad formam, sub qua debuisset concipi institutio, importaret necessitatem præcisam: ex quo iuxtá præsuppositum doct: testator uolens instituere istum nepotem, nõ poterat illum sub alia forma instituere; quod esset contrá propriam significationem illius uerbi. Posse.

Vltimò iuxtá præsuppositum doctorum, oporteret præsupponere, ꝙ prouisio Galli solùm pertineat ad illos nepotes, qui nascentur sui hæredes post mortem testatoris, & ꝙ in his solis induxit testamenti factionem: nõ autem in aliis: & tamen istud est contrà text. in l. pen. infrà de leg. i. in his uerbis. Et obtinuit sententia Galli alienos posthumos hæredes nobis fieri. quæ uerba denotant, ꝙ sententia Galli porrigebatur etiam ad eos posthumos, qui non nascerntur sui: sed omninò permanerent alieni. Si uerò præsupponimus, ꝙ esset testamenti factio cum nondùm natis etiã antè Gallum, & ꝙ institutio posthumi alieni ea solùm ratione non admittebatnr, quia continebat conditionem de morte patris illius posthumi instituti, concludendum est, ꝙ Gallus interpretatus fuit, ꝙ regula iuris antiqui foret constituta non ob illam causam, quia nõ esset testamenti factio cumillis, qui nondùm nati sunt: sed quia institutio posthumi continebat conditionem de morte patris illius instituti, & induxit formam, per quam iste nepos posthumus posset instituí etiam sub conditione mortis filii ipsius testatoris, & eius institutio permaneret ualida; non obstante conditione prædicta de morte patris illius instituí, uidelicet, filii ipsius testatoris: ita quód prouisio Galli circa formam, quam tradidit non pertinet ad inducendum testam. factionem in istis nondùm natis; sed solùm ad tollendum illud uitium, propter, quod conditio de morte filii uitiasset institutionem huius nepotis. & iuxtà istum intellectum cessant omnia obiecta suprafacta, & omnia uerba textus stant absq; ulla uiolatione, uel impropriatione. Nám primó non est opus præsupponere, quòd Gallus habuerit authoritatem condendæ legis addendo ad ius antiquũ, uel illud corrigendò: quia prouisio sua fuit in interpretando illam regulam antiquam de posthumo alieno, & in interpretando, quòd in forma institutionis tradita per eum non militat illud uitium, propter quod conditio de morte alterius soleret uitiare institutionem. Stant etiam illa uerba. sic posse institui posthumos nepotes induxit etc. Propriè ad denotãdum, quòd prouisio Galli

per

pertineat tantùmodo ad inducendum formam, sub qua hic nepos posset institui sub dicta conditione de morte filii. Stabit etiam illud uerbum. posse. in propria significatiõe: quia præsupponit, q̃ potuisset nepos institui sub alia forma dummodo institutio non fieret sub conditione de morte filii. Procedit etiam id, quod dicit tex. in d. l. pen. q̃ sententia & prouisio Galli respitiat quoscunq; post humos alienos: Nam quatenus fuit interpretatus, quòd institutio posthumi non ideò foret irrita, quia is, qui nondùm natus esset foret incapax, & cum illo non esset testamenti factio: sed quia continebat conditionẽ mortis: ista sua interpretatio & sententia pertinet ad quoscunque posthumos. & de hac loquitur tex. in d. l. pe. Formam uerò per quã posset concipi institutio sub conditione de morte filii Gallus solummodo constituit circà descendentes testatoris. (ut dicitur in tex. nostro.

38 Secunda dubitatio est, que causa induxit Gallum ad faciendum hanc prouisionem, ut posset hic nepos nondùm natus institui sub hac forma. si filius meus &c. Si tenemus præsuppositũ doct. oporteret huic dubitationi respõdere, pro ut etiam ipsi respõdent in figuratione casus, uidelicet, q̃ ex quo hic nepos nondùm natus nullo modo poterat institui, & ideò contingebat sæpe, q̃ propter eius præteritionem testamentum rumperetur eueniente casu, quòd filius uiuo testatore decederet: Ad euitandũ igitur ne rũpatur testamentũ induxit, ut posset institui dũmodo institutio fieret sub hac forma, de qua in tex. sed militaret obiectũ, quare cũ eadem ratio procederet in nepote, qui nascerentur in uita aui, & in eo, qui nasceretur in uita filii, non etiam prouidit, ut isti etiam possent institui: sed limitauit suam prouisionem, & suam formam ad nepotes, qui nascerentur sui post mortem aui: Nec potes euitare obiectum, eo prætextu, quia uideatur cessare prædicta ratio & necessitas in nepotibus natis uiuo auo, cùm supersit auus testatori, qui potest illos instituere. ut dicebant Raph. Imo. Ias. & plures alii hic. & Bart. infrà ead. l. §. si eius. ex quo propter id non euitamus, quin testamentum priùs factum rumpatur propter præteritionem huius nepotis, qui nascitur in uita aui. Et quia idem militat etiam in nepote nascituro post mortem aui, quando filius uiuo auo decessit, quia auus potest sibi per aliud testamentum prouidere & instituere istũ nepotem existentem in utero, cùm teneret primum locum post mortem
39 filii. Tenendo uerò præsuppositum nostrum, huic dubitationi esset sic respondendum: quòd licet auus posset instituere istum nepotem nondùm natum dando ipsum cohæredem filio suo, uel substituendo illum filio suo quocunque casu contingeret, q̃ filius non esset hæres: quia tamen intentio aui nõ fuerat illum facere cohæredem filio quãuis illum substitueret filio: nihilominus illa substitutio non esset sufficiens ad faciendum, q̃ nepos uti præteritus in primo gradu non rumperet testamentum: & ideò intentio testatoris foret instituere ipsum nepotem in primo gradu, in casu tamen, in quo filius decederet uiuo se & desinat esse suus. & quia non poterat illum instituere in primo gradu sub conditione mortis filii per ea, quæ dicta sunt suprà in euidentialibus, cogebatur auus istũ nepotem præterire in primo gradu quando illum nollet cohæredem dare filio: & propter hoc eueniebat, q̃ præteritione huius nepotis in primo gradu testamentum rumpebatur, ubi contigisset istum nepotem effici suum: idcircò ad effectum, ut auus posset illum instituere in primo gradu in casu quo filius desineret esse suus, & ipse nepos efficeretur suus, Gallus induxit hanc formam, iuxtà quam utiliter institutio nepotis posset concipi sub conditione mortis filii. Quare autem non extendat Gallus hanc suam prouisionem ad nepotes nascituros in uita aui, declarabitur in sequenti dubitatiõe.

40 Tertia est dubitatio, que fuerit ratio dubitandi & decidendi in hac decisione facta per Gallum, qualeat institutio huius nepotis nõ dùm nati sub hac forma, de qua in tex. tenendo illam conclusionem, q̃ esset testamenti factio cum nondùm natis. Ad quod respõdetur rationem esse, quia institutio uidebatur inutilis, ex quo continebat conditionem de morte filii & patris huius instituti, propter quam ex uerbis colligi uidebatur, q̃ institutio esset facta ad inducendum uotum captandæ mortis, & dictum fuit ſ. Ratio autem, quare dicta institutio sit utilis, non obstante prædicta conditione, est, quia cùm sub hac forma non instituantur omnes nepotes posthumi, qui nascerentur post mortem filii: sed solùm illi, qui nascentur post mortem aui, propter quod fit, quòd institutio huius

Ne-

Nepotis posthumi non purificatur in mor te filii, sed requiritur adhuc, ꝙ eueniat alia conditio, ut is nepos nō nascatur in uita aui, sed post eius mortem: idcircō infertur, non posse colligi ex uerbis, quòd dicta conditio de morte filii foret adiecta in dicta institutio ne ad inducendum uotum captandæ mortis: attentō ꝙ in euentum d. conditionis non purificatur institutio: sed solummodo colligi potest fuisse adiectam ad denotandum casum, in quo, is nepos nascetur suus, & consequenter ad limitandū institutionem ipsam ad casum suitatis d. nepotis, in quo institutus posset uti præteritus rumpere testamentum: Vndé succedit, ꝙ dicta institutio permanet utilis, & non uitiat propter conditionē de morte filii: quia cessat ratio propter quā dicta conditio solet uitiare institutionem.

41 Ex qua ratione infertur etiam ad resolutionem alterius dubitationis, uidelicet, quare Gallus non prouidit, ꝙ sub conditione de morte filii posset institui posthumus nepos, qui nascetur in uita aui: Nàm postposita ratione considerata per alios, que non est probabilis (ut ſ dixi.) concludo rationem esse, quia ultrà conditionem de morte filii, necesse fuit apponere conditionē. si nepos nasceretur post mortem aui. que conditio excludit nepotem nasciturum in uita aui, & dicta conditio debuit apponi de necessitate, quia aliàs institutio comprehenderet quoscunq; posthumos nascituros post mortem filij, & fuisset purificata per mortem filii, quo casu ex significatione uerborum potuisset colligi, ꝙ institutio esset facta ad inducendum uotum captandæ mortis, & sic duraret illud uitium, propter quod dicta conditio uitiabat Institutionem: & ad tollendum tale uitium fuit necesse addere illam aliam cōditionem. si nepos nascatur post mortē aui. Nec prædictis obstat, ꝙ lex uelleia induxit, quòd sub illa conditione de morte filii, posit institui nepos, qui nascetur in uita aui, & ꝙ non foret necesse addere illam aliam. si nasceretur post mortem aui. ut infrà eadem l. §. nūc de lege uelleia; quia solutio est clara. (ut patet ex his, quæ dicemus in d. §. nunc de lege.)

42 Erat etiam dubitatio, quia hæc forma institutionis sub conditione. si filius uiuo testatore decederet. uidebatur solummodo exprimere substitutionem uulgarem in secundo gradu (ut dictū fuit ſ in euidentialibus) & propterea non uidebatur sufficiens ad impediendum istum nepotem, qui posset uti præteritus in primo gradu rumpere testam. Ratio tamen decidendi fuit, ꝙ ex quo apparet facta, precisè in casu suitatis. d. nepotis & necessitatis, ne' uti præteritus rumpat testamē tum, ꝙ ideò interpretari debet facta in primo gradu: Attentò, ꝙ in casu prædicto est necessitas instituendi ipsum nepotem in primo gradu (ut latiùs ēt inferiùs declarabitur.)

43 Quarta est dubitatio, an prouisio Galli inducat ius nouum præter, seu contrà dispositionem iuris antiqui, an uerò interpretetur ius antiquum. Si tenemus præsuppositum doct: ꝙ de iure antiquo non esset testamenti factio cum illo nondùm nato, qui non esset omninò nasciturus suus, & ꝙ prouisio Galli pertineat ad inducendum testamenti factionem cum isto nepote nondùm nato, quam priùs non habebat in casu tamen, in quo ipse dispositit; oporteret dicere, ꝙ prouisio Galli inducat nouum ius præter, seu contrà dispositionem iuris antiqui, quod etiam fatē tur communiter doct: ponderantes uerbū. induxit. quod pertinet ad denotandum nouum ius: non autem ad interpretandum ius antiquum. Si uerò tenemus præsuppositum nostrum, quòd esset testamenti factio cū istis nondùm natis, quamuis non essent nasciturisui, de iure antiquo antè Gallum, dummodo institutio non includeret conditionem de morte alterius, oporteret fateri, ꝙ prouisio Galli solùm interpretetur ius antiquum.

44 Nàm interpretatur regulam. ꝙ posthumus alienus non posset institui. fore constitutam non ob id, quia non esset testamenti factio cum his, qui nondùm nati sunt: sed quia includit conditionem de morte alterius, & ꝙ ideò posit procedere institutio nondùm nati quando non includit cōditionem de morte alterius. Interpretatur etiam, quòd tunc conditio de morte alterius uitiaret institutionem, quando ex uerbis poterat colligi, ꝙ ratio, seu causa apponendi d. conditionem esset, ut induceretur uotum captandæ mortis, prout contingit quotiens institutio purificabatur in morte alterius, & non aliter poterat sortiri effectum, nisi in casu mortis alterius: Et ex hoc inferrebatur, ꝙ si ex uerbis non poterat colligi, quòd ob dictam rationem, seu causam fuisset adiecta, sed ob aliam causam probabilem, prout quando institutio nō purificabatur in casu mortis alterius, sed expectabatur euētus alterius cōditionis,

ꝙ in-

quòd institutio foret utilis: & ideò inferebat, quòd si institutio nepotis nondùm nati fieret sub forma de qua per eum hic, quòd institutio foret utilis & non fuisset uitiata propter conditionem de morte filii: quia ultrà conditionem de morte filii, erat addita illa alia conditio, si ipse nepos nasceretur post mortem aui; ita quòd in morte filii non purificatur institutio, sed exigitur quòd eueniat alia conditio: & uerba non possunt denotare, quòd conditio de morte sit adiecta ob aliam causam, quàm ad limitãdum institutionem huius nepotis ad casum, in quo nascetur suus & rumperet testamentum si foret præteritus (ut patet ex his, quæ in superioribus fuerunt declarata.) Interpretatur etiam, quòd forma istius institutionis sub dicta conditione. Si filius me uiuo decesserit. non solùm habeat sensum institutionis in secundo gradu, sed etiam institutionis factæ in primo: & hac ratione nepos non posset dici præteritus in primo gradu. (ut dicetur infrà circà uerbum. instituí. de quo in text.)

45 Nec prædictis obstat illud uerbum. Induxit. de quo in tex. quia licet istud uerbum uideatur pertinere ad inducendum ius de nouo: non propterea sequitur, quin nouum ius inductum per Galli prouisionem non pertineat ad interpretationem iuris antiqui. Sciendum enim est, quòd licet antè Gallum potuisset fieri per alium prædicta interpretatio, per quam institutio facta iuxtà formam per eum traditam sustineretur: Tamen, quia talis interpretatio non habuisset uim legis, Iudices non fuissent coacti sequi. d. interpretationem; sed postquàm Gallus posuit suam interpretationem, & postquàm eius sententia & opinio obtinuit & fuit recepta (quia tunc cæpit habere uim legis) non liceret Iudici ab illa recedere. §. responsa. instit. de iur. natu. Quámuis igitur prouisio sua pertineat ad interpretationem iuris antiqui: quia tamen habet uim legis quòd ad istum effectum, ut Iudices teneãtur sequi dictam interpretationem: propterea dicitur constituere & inducere ius nouum licet pertineat solùm ad interpretationem iuris antiqui & non addat aliquod ius præter, seu contrà dispositionem iuris antiqui.

46 Et ut de ueritate prædictorum manifestiùs possit apparere, tractandum est de alio articulo, uidelicet, an Gallus & alii Iureconsulti haberent authoritatem legis condendæ addendo, uel corrigendo ius antiquum, an uerò solùm interpretando. Circà quem licet communiter doct. præsupponant, q̃ haberent authoritatem condendi iura corrigendo ius antiquum, & addendo ad ius antiquum, dùm concludunt, quòd dispositiones Galli & Iuliani pertinent ad inducendum testamenti factionem passiuam cum isto nepote nondùm nato, quam priùs non habebat; Ego tamen sum in contraria opinione, quòd non haberent authoritatẽ condendi iura ad correctionem iuris antiqui, uel addendo ad ius antiquũ, sed solùm interpretando: quam conclusionem tenuit Cuman. hic. col. i. & in Rub. infrà de oper. noui. nunt. & illam etiam sequitur. D. Marius Salamonius in suis Paradoxis ad. §. responsa inst. de iur. nat. Que conclusio quatenus attinet ad Gallum, nullam potest habere dubitationem: quoniam tempore Galli nondùm fuerat attributa iurisconsultis authoritas condendi iura: Nàm fuit primò attributa per Augustum. l. ii. §. fin. ff. de orig. iur. qui fuit post Gallum. Nec obstat, q̃ habeamus legem Aquiliam, que dici debet ab ipso Gallo Aquilio condita, cùm ab illo sit denominata: quia dicta lex processit ex populi constitutione, non ex authoritate Galli, quia. l. constituebatur per populum ad interrogationem Senatorii magistratus. §. lex. Inst. de iur. nat. Potuit autem denominari a' Gallo aquilio, non quia ex eius authoritate processerit: sed quia ab illo fuerit scripta uel composita, uel quia ad ipsius interrogationem dùm senatorium magistratum obtineret per populum, fuerit constituta. Non etiam obstat tex. noster hic in quãtum præsupponit, q̃ Gallus induxerit istud ius, & ideò inferatur, q̃ etiam ante' Augustum foret illis attributa facultas constituẽdi ius: quia dico esse aduertendum, q̃ sententia Galli & eius prouisio non statim induxit istud ius, sed solùm ex postfacto, postquàm fuit usu recepta & comprobata, quod præsupponit tex. in l. pe. ad fi. infrà de leg. i. in his uerbis. Et obtinuit sententia Galli alienos posthumos legitimos hæredes nobis fieri. & tex. in ea. l. §. fi. in his uerbis. cùm recepta est Iuliani sententia. Hoc etiam manifestè colligitur ex eo, quia ius ciuile, quod processit a' iurecõsultis, dicitur consistere sine scriptis. ut in l. ii. §. his autẽ legibus. & §. deinde' quia populus. uersi. ita in ciuitate. ff. de or ig. iur. nàm quia iureconsulti suas interpretationes & responsa redigebant in scriptis, non potest dici, quòd consistat sine scriptis, nisi ob id, quia ius

ex dictis eorum responsis, seu interpretationibus constitueretur potiùs ab usu, quatenus usu recipiebantur, quàm ex authoritate iurisconsultorum & eorum responsa solùm constituerent ius postquàm ab usu fuissent recepta. & istud procedit licet responsa iurisconsultorũ pertinerent solùm ad interpretationem iuris antiqui: attamen non constituebant ius, nisi postquàm usu fuissent recepta, quemadmodũ patet in hac interpretatione Galli, de qua in principio. l. Nàm quàmuis pertineat solùm ad interpretationem iuris antiqui. (ut suprà fuit declaratum:) Tamen ex ea non constituitur ius nisi postquàm eius interpretatio fuit recepta.

47 Maior tamen dubitatio est de aliis iureconsultis post Augustum, quibus tradita fuit potestas condendi iura, an uidelicet, haberent authoritatem condendi iura corrigendo ius antiquum. In qua tamen concludo idem, quod suprà. uidelicet, quòd solùm haberent authoritatem condendi iura, interpretando ius antiquum. Quę opinio manifestè probatur per illa iura, in quibus præsupponitur, quòd authoritas iurisconsultorum consisteret in interpretatione. ut dicitur in d. l. ii. §. deindè uersic. Ita in ciuitate. in his uerbis. ius ciuile sine scriptis, quod in sola prudentum interpretatione consistit. & in ea. l ii. §. his legibus. ff. de orig. iuris. in his uerbis. Vt interpretatio desideret prudẽtum authoritatem. & in stit. de iure nat. §. responsa. in his uerbis. Nàm antiquitus constitutum erat, ut essent, qui iura publicè. i. publica authoritate interpretarentur. Probatur etiam ex illis legibus, quæ decisiones iurisconsultorum appellant sententias & opiniones. ut d. §. responsa, in his uerbis. Quorum sententiæ & opiniones &c. & in d. l. pen. in his uerbis. & obtinuit sententia Galli. & in eadem l. §. fin. in his uerbis. Cùm recepta est Iuliani sententia. Nàm iste denominationes solùm uidentur conuenire decisionibus, quæ concernunt iuris interpretationem: nõ autem legibus, uel decretis pertinentibus ad inducendum ius nouum citrà interpretationem. Probatur etiam ex eo, quia solùm reperitur concessum principibus, ut possent de eo. quod sibi placuisset ius condere. l. i. ff. de const. princip. Præterea si sta ret præsuppositum doct. sequeretur, quòd maior fuisset authoritas iurisconsultorũ, quàm Prætorum: sed hoc est falsum & contrà omnem rationem, igitur &c. Nàm iuxtà præsuppositum doct. Gallus & alii iureconsulti habuissent authoritatem faciendi hæredem per suam decisionem hunc posthumum alienum, quod tamen non potuisset facere prætor: inst. de bon. poss. §. quos autem. quàmuis ius prætorium posset emendare, uel corrigere ius ciuile. l. ius autem ciuile. ff. de iusti: & iur. & pro ista opinione pondero tex. infrà ead. l. §. ille casus. nàm quatenus circà illum casum dicitur, fuisse difficultatem pœnes Iulianum & alios, quomodo posset recipi institutio illius nepotis nondùm nati, qui non nascitur suus, & tamen efficitur suus in morte aui: attentò, quòd talis difficultas non potest considerari præsupponendo, quòd decisio Iuliani pertineret ad inducendum ius de nouo præter & ultrà dispositionem iuris antiqui: quia suberat eadem ratio & causa recipiendi institutionem de dicto nepote, quę suberat in l. Velleia in illo nepote, qui nascitur suus: & sicut non dicitur fuisse difficultatem in decisione legis uelleiæ, que pertinet ad inducendum ius nouum; ita nec etiam in decisione Iuliani, si pariter ad ius nouum pertineret: sed difficultas solùm potest considerari præsupponendo, quòd eius decisio pertineret ad interpretationem, & difficultas consistebat in inquirendo rationem, per quam posset dispositio d. l. uelleiæ per interpretationem extendi ad decisionem illius casus: Vndè infertur, quòd decisiones iurisconsultorum solùm consistunt in interpretando ius antiquum: non autem in statuendo ius nouum contrà, uel præter mentem iuris antiqui.

46 Illud autem, quod dicitur in. l. ii. §. Iulianus C. de ueter. iur. enucleand. uidelicet, quòd esset iureconsultis tradita authoritas conscribendarum interpretandarumq; legum, non habet illum sensum, quòd fuerit data authoritas condendi leges: sed solùm conscribendi, quę authoritas continet solùm ut eorum consilio iura conderentur, aut constituerentur. Leges enim consulto prudentum uirorum constituebantur. l. i. ff. de legibus. Hinc uidemus, quòd Augustus non antea recepit fideicommissum, nec usus codicillorum, quàm priùs quæsierit à sapientibus, an possent recipi, & eorum usus non esset absonus à iuris ratione. (ut dicitur in. §. i. instit. de codicil.)

49 Illud etiam, quod dicitur in dicto. §. responsa, uidelicet, quòd fuerat permissum pru-

prudentibus iura cõdere, debet intelligi, quòd sit permissum iura condere, quæ pertineant ad interpretationem, ut denotant Verba sequentia, dùm idem tex. dicit. Nàm antiquitus constitutum erat, ut essent, qui iura publica authoritate interpretarentur. etc. non autem, quòd sit illis permissum iura condere, quæ corrigant ius antiquum, uel inducant aliquid de nouo præter & ultrà omnem, dispositionem Iuris Antiqui.

50 Quinta est dubitatio: quia tex. istos Nepotes nondùm natos institutos appellat posthumos, An appellet illos Posthumos respectu aui Testatoris, an uerò respectu Patris ipsorum, & sic filii ipsius Testatoris. Et quàmuis tex. intelligi possit, quòd appellat illos posthumos non respectu Aui, sed respectu Patris sui, quasi sensus sit, quòd Gallus induxit, ut nepotes nascituri post mortem patris sui, possint institui sub forma, de qua in tex. Glos. Tamen Barto. & alii existimant, quòd illos dicat posthumos respectu Aui. pro quo allegant tex. in l. quod si nepotes. §. de testamen. tutel. Nàm in eo, quod tex. ille dicit. contineri nepotes posthumos. dùm Testator dat tutorem posthumis suis, præsupponit illos nepotes dici posthumos respectu Aui. & adducunt, quòd illud in casu tex. nostri contingit duplici ratione. Prima in quantum sublato filio succedunt in locũ sui hæredis, & agnoscendo efficiuntur sui hæredes. l. posthumorum. infrà titu. i. & institu. de exered. lib. §. posthumorum. Secunda, quia nascuntur post mortem Aui. & ita intelligunt tex. nostrum, & tex. in d. l. quòd si nepotes. Addunt tamen, ꝙ attenta prima ratione, dicuntur improprié posthumi ipsius Aui: sed attenta Secunda dicuntur propriè posthumi. Intentio doctorum quòad istud fuit, quòd ubi in isto nepote concurrit tantummodo prima ratio, quia uidelicet, post testamentum Aui antè eius mortẽ mortuo filio agnascitur suus hæres Auo, dicatur solummodo largè & improprié posthumus. & in istis terminis præcisè loquitur tex. in d. l. posthumorum & tex. in d §. posthumorum: sed ubi concurrit in isto utraque ratio, uidelicet, & quòd agnascẽdo succedat in locum sui hæredis, & quod nascatur post mortem Aui, dicatur propriè posthumus Aui. Nàm esset absurdum uelle intelligere, quòd iste Nepos, in quo concurrit utraque ratio, uno respectu diceretur improprié posthumus, alio respectu propriè quia superueniente in isto nepote propria significatione posthumi, dùm nascitur post mortem, cessabit in eo impropria significatio posthumi, sicut necesse est, quòd tollatur imperfectio accedente perfectione.

51 Pariter etiam intentio doct. iudicio meo fuit, quòd non quilibet, nepos natus post mortem Aui, dicatur posthumus respectu Aui, sed solummodo is nepos, qui sublato filio agnascendo efficitur suus hæres Auo. Et in his terminis loquitur text. noster hic, & etiam tex. in d. l. quòd si nepotes: Nàm necesse est intelligere illum tex. in illis nepotibus, quorum Pater iàm erat mortuus, & qui propterea succedunt in locum sui hæredis: quia si pater ipsorum uiueret, Auus non posset illis tutorem dare §. permissum. Insti. de tutel. Et si talis nepos agnascendo non efficitur suus hæres Auo, nullo modo posset dici posthumus respectu Aui, quamuis nascatur post eius mortem: quia ad hoc, ut quis dicatur posthumus meus, non sufficit, quòd nascatur post mortem meam: sed requiritur, quòd uel sit filius meus, uel quòd agnascendo efficiatur suus hæres mihi (ut dictum fuit suprà in euidentialibus.) 52 Ex hoc potest r ſ lui unum, de quo dubitat Iaso. hic: quia Bart. Allegat tex. in d. l. quòd si nepotes. ad probandum, ꝙ tales nepotes non dicuntur posthumi illius Aui. & glos. allegat eandem legem ad probandum quòd dicantur propriè posthumi Auo: nàm pro concordia dici potest, quòd text. loquitur de nepotibus, qui non succedunt in locum sui hæredis & qui propterea non continentur in illa datione tutoris facta posthumis, & Bartol. allegauit. d. text. quatenus loquitur de ipsis. Loquitur etiam de illis qui agnoscendo succedunt in locum sui hæredis, & qui continentur in illa datione tutellæ, quæ fit posthumis. & glosa allegauit illum tex. quatenus de istis loquitur & intel-
53 ligitur. Infertur etiam ex prædictis, quòd si testator dixisset. Lego posthumis meis, uel instituo posthumos meos. non possent contineri nepotes, qui agnascendo, non efficerentur sui hæredes auo quàmuis nascerentur post eius mortem, sed solùm nepotes, qui agnascendo efficerẽtur sui hæredes.

54 Qui dautem si testator absolutè legasset nepotibus posthumis, absque eo quòd diceret meis, de quibus intelligeretur? Dico, quòd nepotes nati in uita filii testatoris & patris

ipſorum nullo modo comprehenderentur, quia nõ eſſent poſthumi, nec reſpectu patris proprii, quia naſcuntur in uita: nec reſpectu aui, quia poſt agnaſcendo non ſunt effecti ſui hæredes illi auo. Benè comprehenderentur nati poſt mortem patris proprii etiam q̃ nõ efficerentur ſui hæredes auo, quia licet nõ poſſint dici poſthumi quo' ad auum, ſunt tamen poſthumi quo' ad patrem ſuum, & teſtator non ſe reſtrinxit ad nepotes poſthumos ipſius. Admitto quidem, quo'd etiam continea tur nepos conceptus ante' emancipationem filii quàmuis naſcatur uiuo filio, quia etſi non ſit poſthumus quo' ad patrem proprium, eſt tamen poſthumus, quo' ad auum, quia agna-
55 ſcendo efficitur ei ſuus hæres. Eſt etiam ad-uertendum, q̃ uera & indubitata eſt concluſio Bar. & aliorũ hic, uidelicet, quo'd propriè poſthumus non dicatur is, qui naſcitur antè mortem poſt teſtamentum, ſed ſolùm is, qui naſcitur poſt mortem patris: quam etiam firmant communiter doct: s̃ in Rub. & eſt caſus in l. iii. §. i. infrà tit. i.

56 Nec obſtat tex. in l. iii §. nominatim. infrà tit. i. & in l. ſi quis ita in prin. s̃ de teſtam. tutel. ubi in materia odioſa exhæredationis & dationis tutellæ, appellatio poſthumi comprehendit filium natum poſt teſtamentum ante' mortẽ; quia ultrà ea, quæ pro reſolutione huius difficultatis dicunt Alexã. & Soci. s̃ in Rub. & Iaſ. hic: Iuditio meo ſolutio eſt clara, uidelicet, q̃ in dictis legibus non ideo' appellatio poſthumi comprehendit natum poſt teſtamentum antè mortem, quia propria ſignificatio poſthumi illi conueniat, ſed ſolùm ob id, quia conſtat teſtatorem protuliſſe illud uerbum. Poſthumos. in illum ſenſum, ut denotaret quoſcũque naſcituros poſt teſtamentum: ex quo eximabat quoſcunq; filios naſcituros ſibi poſt teſtamentum futuros poſthumos & naſcituros poſt mortem. Sic in ſimili, appellatio hæredis prolata à teſtatore, quia cénſetur prolata in illum ſenſum, ut intelligatur de illo, quẽ ſcripſit hæredem, & quem exiſtimat futurum hæredem, de illo intelligitur quàmuis non ſit propriè hæres, ſed faciat alium hæredẽ, quia erat ſeruus inſtitutus, qui adeundo ex iuſſu domini, facit illum hæredem, ut eſt caſus. in l. qui hæredi in princ. ff. de cond. & demonſtr.

57 Et ratio eſt, quia in quacunque materia quãtùmuis odioſa, debet potiùs attendi ſenſus, in quem conſtat uerba fuiſſe prolata à teſtatore, quàm propria uerborum ſignificatio. l. iii. & ibi oẽs doct. not. C. de lib. pret. & propterea infero, quo'd ſi teſtator poſt teſtamentum ſuſcepiſſet filium, & feciſſet codicillos, in quibus facta fuiſſet mentio de poſthumis, quia non poſſet dici, q̃ mentio poſthumorum in Codicillis eſſet facta in illum ſenſum, ut denotaret natos antè codicillos quàmuis poſt teſtamentum, q̃ ideo' non cõtineret dictos filios. Similiter ſi ego legaſſẽ poſthumis Titii, quia ego non uideor ſenſiſſe, niſi de illis, quibus cõuenit propria ſignificatio poſthumorum Titii. l. non aliter. ff. de leg. iii. uidelicet de natis poſt mortem titii, non autem de aliis, qui naſcerentur in uita titii licet poſt eius teſtamentum; propterea legatum intelligeretur factũ tantummodo de natis poſt eius mortem.

58 Et propterea dico, quo'd indubitata eſt concluſio Bar. & aliorum hic, quo'd diſpoſitio legis, uel ſtatuti, in quo fiat mentio de poſthumis, intelligatur ſolùm de natis poſt mortem patris: attentò, q̃ non apparet ſtatuentes ſenſiſſe de alio, quàm de illo, cui conueniat appellatio poſthumi ex propria uerborum ſignificatione.

59 Quantum ad uerbum. poſſe. de quo in tex. dùm gloſa Bart. & alii ſupplentes ad text. addunt. Et neceſſe eſt nè præteritione nepotis teſtamentum rumpatur. l. poſthumus. infrà tit. i. que neceſsitas, licet non ſit præciſa, eſt tamen cauſatiua, (ut hic per eos,) intẽtio doctorum fuit dicere, q̃ licet uerbũ. Poſſet. affirmatiuè prolatum ex propria ſignificatione non denotet aliquam neceſsitatem, ſed tantummodo meram poteſtatem. l. ſæpe audiui cæſarem ff. de offic. præſid. l. ſi mãdato meo §. fi. ff. mãd. non tamen per iſtud uerbũ denotatur, quo'd ſit ſublata neceſsitas inducta per alias leges: et ſic iſtud uerbum. poteſt. de quo in tex. noſtro, licet quo' ad ſe denotet meram poteſtatem inſtituendi nepotes poſthumos: non tamen denotat, quo'd ſit ſublata illa neceſsitas cauſatiua illos inſtituendi nè ipſorum præteritione teſtamentum rumpatur, que iàm fuerat inducta per alias leges. Et ratio eſt, quia poteſtas ſe compatitur cum neceſsitate, quia neceſsitas, uel obligatio faciendi aliquid præſupponit poteſtatem. l. impoſsibilium. ff. de reg. iur. Et iſta expoſitio doct. procedit referendo illud uerbum. poſſe. ad actum inſtituendi, prout uidentur referre doct: ſed referendo iſtud uerbum. poſſe. ad formã, ſub qua cõcipienda ẽ inſtitutio huius nepotis, prout refertur in tex. noſtro, d. expõ nõ poſſet procedere tenendo,

præ-

præsuppositum doct: uidelicet, quòd iste nepos nondùm natus non posset tempore Galli instituí, nisi in isto casu, quando filius moriatur uiuo auo, & nepos nascatur post mortem aui; quia de necessitate precisa (atten to dicto præsuppositò) institutio huius nepotis debuisset fieri sub hac forma, cùm nõ posset in alio casu institui utiliter: Sed iuxtà præsuppositum nostrum, dicta expositio optimè procederet, & istud uerbũ. posse. denotaret solummodo potestatem, non autem necessitatem: ex quo iuxtà illud præsuppositum nostrum, potuissent isti nepotes nondùm nati sub alia forma institui dummodo in institutione non apponatur conditio de morte filii.

60 Quantum ad uerbum. institui. glosa & omnes doct: accipiunt istud uerbũ in tex. nostro & per totam legem, pro institutione secundi gradus, & sic pro substitutione: præsupponẽtes, ꝙ institutio huius nepotis non posit dici facta in primo gradũ, sed solùm in secũdo. Pro quo allegant tex. in. l. cùm in testamento in prin. infrà de hæred. instit. & in l. si mater §. fi. de uulgar. Ista expositio & opinio patitur difficultatem; quia si ista institutio nepotis nõ dùm nati est facta in casu, quo is nepos existat suus hæres auo, & in casu, quo si non eẽt institutus rumperet testamentum, quomodo in casu isto potest dici eius institutio facta solùm in secundo gradu? quia hoc modo diceretur præteritus á primo gradu, & propterea primus esset nullus, & testamẽtum inciperet à secundo gradu, & secundus diceretur primus. l. iii. §. fi. suprà eodem.

61 Concludo igitur, quòd quatenus hic nepos efficitur suus & necessarius auo, sua institutio censeri debet facta in primo gradu; & in his terminis loquitur tex. noster hic, & per totã legem: Sed quatenus iste nepos non efficeretur suus hæres auo, tunc eius institutio diceretur facta in secundo gradu. & in his terminis intelligo tex. in d. l. cùm in testamẽto. & in d. l. si mater §. fi. Nàm loquuntur præcisè in his terminis, quando filius superuixit & extitit hæres auo. ut dicitur in d. l. cum in testamẽto. uel quando non est natus. ut dicitur in d. §. fi.

62 In hac distinctione ego præsuppono, quòd ista institutio huius nepotis nondùm nati facta sub hac conditione. si filius me uiuo moriatur, & si nepos nasceretur post mortem meam. habeat sensum institutionis & substi-

63 tutionis. Et quòd censeatur facta non solùm in casu, quo filius desinat esse suus, & nepos efficietur suus: sed etiam quocunque alio casu contingat illum filium non esse hæredem, & quo'd cẽseatur institutio in casu quo filius desinat esse suus hæres, & nepos efficiatur suus; & censeatur substitutio quocunque aliò casu cõtingat filium non esse hæredem. quod etiam expresè præsupponit tex. infrá ead. lege. §. fi. (ut ibi dicetur.) Quod nullo modo posset admitti stante illo præsuppositò doct. quòd iste nepos nondùm natus non posset institui in alio casu, quàm in casu, quo efficeretur suus hæres auo, & filius desineret esse suus hæres auo, & sic non posset eius substitutio intelligi facta nisi in suitate; prout expressè firmat Bar. in d. l. si mater §. fi. Sed stante præsuppositò nostro, quo'd potuisset iste nepos generaliter, & omni casu substitui, prout quilibet alius extraneus quocunq; casu filius nõ esset hæres, præ dicta distinctio procedit absque difficultate.

64 Nàm illa cõditio. si filius meus uiuo me morietur. potest & est apta denotare casum, in quo filius desinat eẽ suus hæres per mortem, & nepos nasceretur suus hæres post mortem aui, & sic institutionem nepotis factam in casu isto: Et est apta denotare casum, in quo institutio de ipso filio deficiat, & consequanter, quòd institutio huius nepotis sit facta in defectum institutionis filii, & consequenter quocunque casu deficiat institutio filii: nàm ista conditio. si filius me uiuo moriatur &c. cùm insit de necessitate in institutione ipsius filii, quia ad hoc, ut posit habere effectum sua institutio, est necesse, ut superuiuat testatori: idcircò etiam in hac substitutione intelligitur expressa eo modo, quo tacitè inest ad denotãdum defectum institutionis: & ideò non impediet, quin substitutio porrigatur ad quemcunque alium casum, in quo deficiat institutio de ipso filio. per ea, quæ dicta fuerunt in l. i. infrá de uulg. circá illum articulum. Quãdo dispositio, uel substitutio porrigatur de uno

65 casu ad alium. Et hoc iudicio meo præsupponit tex. in d. l. cũ in testõ. in his uerbis. Nullo enim casu uterque ad hæreditatem admittitur. quæ uerba denotant, quo'd illa substitutio potest habere effectum in pluribus, ut denotat illa uniuersalis negatiua; & tamen si solùm censeretur facta in casu, quo filius desineret esse suus, & nepos efficeretur suus, diceretur facta tantummodo in unum casum, in eũ uidelicet, in quo filius desinat esse suus & nepos nascatur suus: & quámuis hic casus, quo'd nepos nascatur suus post mortem aui, posit

plu-

pluribus modis, seu casibus contingere (ut dicitur in d. §. & quid si tantum) non tamen substitutio facta in istum casum tãtummodo, diceretur facta in pluribus casibus: Nec similiter dici posset, quòd haberet locum in pluribus casibus, si solùm in isto casu. Accedit quia tex. in d. l. cùm in testamento, in dictis uerbis. Nullo enim casu uterq; ad hæreditatẽ admittitur. debet intelligi de illis casibus, in quibus sit facta institutio, & possit filius institutus admitti: Nàm si non esset in dicto casu facta institutio, & institutus non posset admitti, incongrua esset locutio, quòd nullo casu uterque admittitur; quia hæc uerba pertinent ad denotãdum, quòd substitutus nepos non admittitur unà cum filio instituto: Vndé opus est, quód dicta uerba intelligãtur de alio casu, quàm de eo, in quo filius per mortem, uel deportationem in uita patris desinat esse suus; quia hoc casu etiam eius institutio defficit, & ipse admitti non potest. Duo uidentur obstare con-
56 trá prædictam Cõclusionem. Primum est, quia illa attenta sequeretur, quòd elusoria foret decisio Sceuolæ in d. §. & quid si tantùm. quòd conditio de morte filii porrigatur ad casum deportationis, & ad omnes alios casus, per quos filius desinat esse suus, & nepos nascatur suus; quia si censetur facta substitutio de ipso nepote quocunque casu filius non existat hæres, Vtique indubitatum est, quód comprehendit omnes casus, de quibus in d. §. & quid si tantum: Et quia dùm tex. dicit, ꝙ fit extensio ad quoscunque casus, per quos nepos nascitur suus post mortem aui, uidetur præsupponere, ꝙ ad alios casus non porrigatur. Puta, quando filius repudiat hæreditatem, uel alio modo nolet esse hæres, & nepos non sit suus hæres. l. cúm prætor ff. de iud. c. nonnè benedicimus. de præsumpt. Sed solutio est clara, stante præsuppositio suprà facto, uidelicet, quòd Institutio de ipso Nepote habeat intellectum institutionis in primo gradu, & intellectum substitutionis in secundo gradu. Nàm quatenus habet intellectum Institutionis in primo gradu, quia illa fuit limitata ad casum, in quo nepos efficiatur suus, non potest porrigi ad alios casus in quibus nepos nõ efficeretur suus: & ita loquitur tex. in d. §. & quid si tantùm; Sed quatenus habet intellectum substitutionis factæ in secundo gradu, põt porrigi ad oẽm casum in quo filius non existat hæres quàmuis etiam Nepos nõ efficiatur suus (ut patet ex his, quæ suprá dicta fuerunt) & uidetur casus in d. §. f. infrá eadem lege. ut ibi etiam dicetur.

67 Alia est difficultas, quia per ea, quæ præsuppono in ista distinctione, uidelicet, quòd in hac Institutione de nepote iuxtà formam, de qua per Gallum, colligatur, quòd Testator uoluerit & potuerit illum nepotem simpliciter & Absolutè in quocunque casu uulgaris substituere filio, uidentur confundi prima facie ea, quæ suprá præsuppositа fuerunt circà istas prouisiones Galli, & Vellei, & aliorum, de quibus in hac lege: nàm illud præsuppositum, quod ea ratione fuit inductum, ut possit fieri institutio huius nepotis sub conditione de morte filii ad effectum, ne per eius præteritionem Testamentum rumpatur, non uidetur posse procedere, stantibus his, quæ statim dixi, quia si Testator uoluit & potuit simpliciter per uulgarem substituere istum nepotẽ filio instituto ad substinẽdum Testamẽtum, uidebatur sufficere uulgaris, & non fuisset necessaria illa institutio nepotis in primo gradu limitata in casu, quò his nepos efficeretur suus hæres, & filius desineret esse suus hæres. Similiter illud aliud præsuppositum, uidelicet, quòd idcircò in casu, de quo in prouisione per Gallum & per Velleium, conditio de morte filii, non uitiaret institutionem huius nepotis, ex quo summebatur interpretatio, quód fuisset adiecta ad limitandum institutionem ad casum suitatis huius nepotis, uidetur confundi, stantibus his, quæ dixi. Nàm quomodo dici potest adiecta dicta conditio de morte filii adnotandum casum suitatis & ad limitandum institutionem ad d. casum, si etiam censetur adiecta ad inducendum substitutionem in quocunque casu uulgaris? Præterea quomodo dicta interpretatio, quód uideatur adiecta ad denotandum casum suitatis nepotis, potest esse necessaria ad sustinendum dictam institutionem, si dicta conditio uidetur adiecta etiam propter uulgarem substitutionem? & dicta conditio in uulgari illam non uitiat? quia potest in aliis casibus uerificari. (ut dixi. §. in euidentialibus)

Pro resolutione prædictorum est aduertendum, quòd licet iste nepos esset substitutus in secundo gradu per uulgarẽ, Vbi in primo gradu non esset institutus, sed præteritus casu quo efficeretur suus hæres auo, ista uulgaris substitutio non sufficeret ad impediendum, nè talis nepos, uti præteritus, à primo rumperet testamentum in totum: nám posito, quód

quòd circunscripta præteritione huius nepotis sui hæredis, subsistat primus gradus testamenti: puta, quia adhuc uiuat filius licet fuerit emancipatus, uel licet decesserit, habeat tamẽ cohæredẽ, isto casu hic nepos præteritus natus rũperet primum gradum, ut faciat sibi locum: non autem ut faciat locũ secundo gradui ex testamento. l. nàm & si sub conditione §. pen. infrà. tit. i. Bart. & alii in l. i. in secundo effectu uulgaris. infrà de uulg. & secũdus gradus dicetur pendere a' primo in quantũ primus gradus sufficit ad impediendum, nè hæreditas ex testamento possit deferri ex secundo gradu: & tamen non sufficit ad impediendum, quin illi nepoti præterito ab intestato defferatur hæreditas: Vndè sequitur, quòd totum testamentum sit inualidum. (ut declarui in d. l. i. in secundo effectu.) Ex hoc colligitur solutio ad primum obiectum, quia cùm non sufficeret sola uulgaris substitutio ad impediendum, né iste nepos factus suus tanquã præteritus in primo rumperet testamẽtum, exigebatur, quòd eẽt institutus in primo gradu saltem in eo casu, in quo filius desineret esse suus & nepos efficeretur suus; in filio uerò in potestate non rumpitur testamentum ex eo, quia licet sit præteritus a' primo gradu si sit institutus in secundo, quia cùm primus gradus sit nullus, testamentum incipit à secũdo gradu, in quo filius sit institutus, uel exhæredatus. l. iii. §. fi. ẽ eod. l. si filius substituatur. Infrà de hæred. inst. l ex facto. §. Lucius. infrà de uulg. Tamen aliùd est in casu nostro, quando primus gradus ualuit, in quo hic nepos fuit præteritus, & testamentum cæpit pendere a' primo gradu, & quàmuis procedat institutio posthumi facta sub conditione, quando conditio extitit antè eius natiuitatem. l. cũ posthumus. ẽ. eo. tit. ita ut non possit dici præteritus; hoc tamen est, quia institutio fuit facta in primo gradu.

68 Similiter si posthumus sit substitutus per pupillarem fratri suo, si nascitur post mortẽ fratris, non rumpit testamentum, nec dici potest præteritus a' primo gradu, ut dicitur in l. si pater filium. infrà de uulg. istud est, quia substitutio pupillaris habet intellectum institutionis factæ in patris testamento & hæreditate in primo gradu sub conditione. l. Papinianus. §. sed nec impuberis. ff. de inofficio, l. patris & filii. ff. de uulg. l. in ratione §. quod uulgo & §. si filio. infrà ad l. falcid. quod etiã præsupponit tex. in d. l. si pater. filium. dùm dicit, ꝙ ille posthumus erit hæres patris insolidũ.

69 Et per hoc patet, quod non rectè' senserunt Soci. & Ias. infrà ead. lege. §. etiam si parente. Dùm dicunt, ꝙ nepos, qui fuit substitutus filio casu quo efficiatur suus, quàmuis sit præteritus, a' primo, non rumpit testamentum, & dicũt, quòd in casu isto debeat limitari tex. in l. si à primo ẽ eod. nàm si nepos non rumpit, ideò est, quia eius institutio censetur facta in primo gradu (ut dixi.) Sed si censeatur facta solùm in secundo, rumpe ret. (ut patet ex prædictis.) Similiter patet solutio ad secundũ obiectum, quia licet dicta conditio. si filius meus me uiuo moriatur. uideatur adiecta ad inducendum uulgarem in quocunque casu uulgaris: attamen quia etiam fuit adiecta ad inducẽdum institutionẽ in primo gradu, quatenus respicit dictam institutionem, efficit, quòd dicta institutio uideatur limitata ad d. casum.

70 Ex quo etiam tollitur tertium obiectum: Nàm quàmuis quatenus dicta conditio respicit uulgarem substitutionem illam non uitiaret: Tùm quia non esset precisè necessaria, attentò, ꝙ uulgaris posset in alio casu uerificari: Tùm quia diceretur expressa eo modo, quo tacitè inest in ipsa uulgari, (ut dictum fuit ẽ.) Tamẽ quatenus respicit institutionem in primo gradu, dicta conditio uitiaret ipsam institutionem, si non censeretur adiecta ad limitãdum dictam institutionem ad casum suitatis nepotis, & ad illum casum, in quo, si nepos non foret institutus in primo gradu, rumperet testamentũ; ex quo dicta conditio de morte filii in institutione huius nepotis, non erat precisè necessaria, nec tacitè inerat in ipsa institutiõe: quia potuisset dari cohæres filio simpliciter & absolutè, etiam ꝙ filius uiueret & permaneret suus, & nepos nõ efficeretur suus

Quantum ad uerbum. si filius meus me uiuo morietur &c. quærunt communiter doct. An dicta conditio sufficiat ad faciendum, ꝙ filius uti præteritus non rumpat testamentũ, quãuis non sit aliter institutus, seu exhæredatus; de qua quæstione infrà dicetur post interpretationem totius legis.

71 Quòd ad illud uerbum. Nepos siue ẽ neptis. dubitant doct. de ratione, quare ultrà expressionẽ sexus masculini nepotis fuit expressus sexus fœmineus neptis, an ob id, quia dispositio Galli sit correctoria & ideò non intelligeretur sexus fœmineus in sola expressione sexus masculini, an uerò solùm ad maiorẽ declarationem: Sed de hac dubitatione tractabi

tur

tur infrà post interpretationem Legis circa quæstiones principii huius Legis, ubi etiam declabitur, quare tex. iste in his uerbis. SIC POSSE INSTITVI POSTHVMOS NEPOTES INDVXIT. fuit contentus expressione solius sexus masculini: & tamen in his uerbis. TVNC QVI NEPOS SIVE QVE NEPTIS &c. non fuit contentus sola expressione sexus masculini: & opiniones doct. ad præsentem dubitationem ad concordiam reducemus.

Sequitur §. Quidam rectè.

1 *Quid decidatur in isto §. tenendo præsuppositum illud commune, quòd nepos nondùm natus indistinctè instituì non possit.*
2 *Sensus uerborum huius §. secundum cõmunẽ intellectũ.*
3 *Communis intellectus & sensus uerborum huius text. per plura reprehenditur.*
4 *Clausula illa, de qua in text. ut eo casu ualeat, qui ex uerbis concipi possit non intelligitur de uerbis Galli.*
5 *Verus intellectus ad istum §.*
6 *Vndè illa clausula intelligitur de uerbis testamenti & institutionis.*
7 *Intellectus ad illa uerba. Quidam rectè admittendum putant etiam si non exprimat.*
8 *Ratio dubitandi & decidendi ad istum tex.*
9 *Ratio, quare ualeat institutio nepotis nondùm nati, ẽt quòd non sit expressa conditio de morte Patris, tàm secundum nouũ, quàm secundum cõmunem intellectũ.*
10 *Institutio nepotis nondùm nati absolutè facta, ualet ẽt in casu, quo nepos non nascatur suus: contrà doctores communiter.*
11 *Declaratio ad Regulam l. quotiens ff. de reb. dub. cum suis concord.*
12 *Decisio Scæuolæ in isto §. an pertineat ad reprehensionem Galli, an uerò ad eius declarationem.*
13 *Quomodo posit exemplificari iste tex. in illis uerbis. Sed simpliciter instituat. iuxtà nouum intellectum.*
14 *Et quibus modis secundum communem intellectum.*

QVIDAM RECTE'. 1 Circa' istum textum primò dubitatur, quid in eo decidatur. Tenendo præsuppositũ doct. quòd non esset Testamenti factio cum isto nepote nondùm nato nisi in casu, quando eius institutio conciperetur in casu quo nasceretur suus post mortem Aui. (ut in casu prouiso per Gallum,) uel in casu quo nasceretur suus in uita aui, (ut in casu prouiso per primum caput legis uelleiæ, uel in casu prouiso per Iulianum, de quo in §. ille casus infra ead. l.) esset respondendum huic quæstioni, prout etiam respondent communiter doct. omnes, quòd in tex. duo deciduntur. Primum, quòd ualeat institutio huius nepotis nondùm nati, quàm uis non esset expressa conditio de morte filii. Secundum, quòd institutio huius nepotis simpliciter & absolutè facta, ualeret solùm in casu dispositionis per Gallum. Et iuxtà istum intellectum oporteret præsupponere, quòd illa uerba. Quidam rectè admittendum putant. habeant illum sensum, uidelicet, quòd ualeat & procedat institutio huius nepotis posthumi. Secundò oporteret præsupponere, quòd illa alia uerba. Vt eo casu ualeat, qui ex uerbis colligi posit. intelligantur de uerbis Galli, de quibus suprà in principio legis, ut sensus esset, quòd ualeat solùm in casu, quo is nepos nascatur suus post mortem Aui, in quo casu loquitur Gallus: non autem intelligantur de uerbis testamenti seu institutionis: ita ut sensus sit, quòd ualeat eo casu, qui possit concipi ex uerbis testamenti: quia iuxtà istum sensum & præsuppositum doctorum & eorum intellectus ad istum tex. cõfundũtur. Nàm uerba ipsa denotarent, q̃ iste nepos nondùm natus posset in quocunque casu institui ubi non esset apposita conditio de morte filii; quia continent, quòd institutio ualeat in omni casu, qui posset cõcipi ex Verbis Testamenti. Oporteret etiam præsupponere, q̃ tex. noster loquatur in casu, quando adiecta fuisset conditio de morte aui, uidelicet, si nepos nascatur post mortem aui; quia nisi istud præsupponatur, hic intellectus, q̃ institutio huius nepotis ualeat solùm in casu prouiso per Gallum, & in casu quo nepos nasceretur suus post mortem aui, nõ posset procedere; quia posset ualere in casu prouiso per legem uelleiam & in casu prouiso per Iulianum. 3 Et tamen ista omnia præsuppositа uiolant tex. nostrum & sunt falsa. Nàm quo ad primũ si illa uerba. QVIDAM RECTE' ADMITTENDVM CREDVNT. intelligerẽtur de eo tantùm, ut possit institui iste nepos, & quòd eius institutio ualeat & procedat, utiq; illud uerbum. ADMITTENDVM. foret superfluũ, quia de ualiditate institutionis, & casus, in quo ualeat, exprimitur in fin. tex. dùm dicitur q̃ eo casu ualeat &c. Nàm satis fuisset dicere. Quidam, etiam quòd non exprimat de morte filii, sed simpliciter instituat rectè credendum putant, ut ualeat eo casu, qui ex uerbis concipi

4 concipi posſit. Similiter quò ad aliud, ſi uelle
mus præſupponere, ꝙ tex. dùm dixit. QVI
EX VERBIS CONCIPI POSSIT.
intelligeretur de uerbis Galli, non ne incon-
grua eſſet locutio textus? nàm cùm caſus, in
quo nepos naſcitur ſuus poſt mortem aui, ſit
expreſſus in uerbis Galli, ita ut ad oculos cor-
poris legi posſit, cõgruentiùs dixiſſet. Vt eo ca
ſu ualeat, qui in uerbis Galli legitur. quia illud
uerbum pertinet ad ea, quæ ad oculos corpo-
ris inſpiciuntur. l. i. §. i. de his quæ in teſt. delen-
tur: nõ autem debuiſſet uti dicto uerbo. CON-
CIPI POSSIT. quod uerbum pertinet
etiam ad ea, quæ ex intellectu perſpiciuntur,
quámuis ex lectura corporali non conſpician-
tur. Præterea debuiſſet apponere dictionem ta
xatiuam, ſi uoluiſſet dicere, quòd ualeat tãtum-
modo in caſu, qui poteſt concipi ex uerbis Gal
li, & non in alio caſu. Non etiam poteſt proce
dere aliud præſuppoſitũ, quia uelle reſtringe-
re tex. noſtrum, ut loquatur ſolùm in caſu, quã
do eſt expreſſa conditio. ſi nepos naſcatur poſt
mortem aui. eſt mera diuinatio: attentò, ꝙ tex.
loquitur, quando teſtator ſimpliciter inſtituit
ipſum nepotem. Et quàmuis Iaſ. hic dicat, ꝙ
ex quo iuxtà formam Galli erat exprimenda
duplex conditio, & illa de morte filii. ſi decede
ret uiuo teſtatore. & illa de morte teſtatoris, ui
delicet. ſi nepos naſceretur poſt mortẽ teſtato-
ris. & tex. hic determinat non eſſe neceſſe, quòd
exprimatur conditio de morte filii: & de alia
cõditione. ſi nepos naſcatur poſt mortem aui.
nihil dicatur, præſupponitur, ꝙ adhuc eius ex-
preſſio exigatur. l. cùm prætor. ff. de iud. c. non
nè benedicimus. de præſump. Attamen iſta cõ-
ſideratio non tollit obiectum: quia cùm per le
gem uelleiam & per prouiſionem Galli ſit om
ninò ſublata neceſſitas addendi dictam condi-
tionem. ſi nepos naſcatur poſt mortem aui. col
ligitur, ꝙ Scæuola ideò nihil dixit de hac con-
ditione, quia fuiſſet ſuperfluum declarare, ꝙ di
cta conditio de neceſſitate non eſſet exprimen
da: & ideò non poſſumus euitare, quin ſit me-
ra diuinatio uelle intelligere, ꝙ tex. loquatur ſo
lùm in caſu, quando fuit expreſſa cõditio. ſi ne-
pos naſceretur poſt mortem aui teſtatoris. Præ
terea iſte intellectus doctorum cõfunditur per
plura alia, de quibus ſtatim dicetur.

5 Tenendo uerò præſuppoſitum noſtrum, uide
licet, quòd eſſet teſtamenti factio cum nondũ
nato & ꝙ inſtitutio poſthumi alieni uitiaretur
ſolùm ob dictam rationem, quia continebat
conditionẽ de morte patris illius inſtituti; præ
dicte quæſtioni eſſet ſic reſpõdendũ, ꝙ deciſio
tex. noſtri ſit, ꝙ ubi nepos nondùm natus ſim
pliciter inſtituitur, ꝙ inſtitutio ualebit eo caſu,
qui poterit concipi ex uerbis teſtamenti, ſeu ex
uerbis ipſius inſtitutionis: ita quòd, licet non ſit
expreſſa conditio de morte filii, ubi tamen ex
aliis uerbis teſtamenti concipiatur inſtitutio-
nem huius nepotis eſſe limitatam ad caſum ſui
tatis & neceſſitatis, nè uti præteritus rumpat te
ſtamẽtum, eo caſu ualebit; ſi uerò etiam ex uer
bis colligi poterit, ꝙ ſit generaliter & indiſtin-
ctè inſtitutus etiam in caſu, quo non eſſet ſuus,
etiã iſto caſu ualebit. & negari non poteſt, quin
uerba tex. noſtri exprimant iſtud.

6 Nã illa uerba. VT EO CASV VALEAT,
QVI EX VERBIS, PERCIPI POSSIT. in
telligũtur neceſſariò de uerbis illius ſimplicis
inſtõis. d. nepotis. Et iuxtà iſtũ ſenſum tex. præ
ſupponit ea, quæ ſuprà fuerunt concluſa & de-
clarata, uidelicet, ꝙ ſit teſtamenti factio cũ iſto
nondùm nato, & ꝙ poſſet ſimpliciter & indi-
ſtinctè inſtitui etiã in caſu, quo non efficeretur
ſuus, dummodo nõ apponeretur conditio de
7 morte filii. Et ſi dicatur ꝙ, dùm tex. dicit. Qui-
dam rectè admittendum credunt etiam ſi non
exprimat de morte filii. uidetur in illa implica
tiua. etiam. præſupponere, quòd ſit maius du-
bium, an ualeat inſtitutio huius nepotis quãdo
non fuit appoſita dicta cõditio, quám quando
fuiſſet appoſita: & ex hoc uidetur inferri falſum
eſſe, quòd dicta conditio de morte filii poſſit
conſiderari ad uitiandum inſtitutionem huius
nepotis nondùm nati: Reſpondetur duobus
modis. Et primò, quòd dictum obiectum pro
cederet ſi illa uerba. Admittendum credunt.
intelligerentur præcisè de eo, quòd poſſit inſti
tui poſthumus, & eius inſtitutio ualeat: Sed iſte
intellectus ad dicta uerba, non procedit (ut di-
xi:) Sed non procedit obiectum intelligendo,
quòd dicta uerba intelligantur de eo, quòd in-
ſtitutio nepotis intelligatur limitata ad caſum
ſuitatis & neceſſitatis, ut ſenſus ſit, quòd ad de-
notandum inſtitutionem nepotis eſſe limita-
tam ad caſum, in quo naſcetur ſuus, uel efficie-
tur ſuus, & in quo de neceſſitate debet inſtitui,
non ſit neceſſe exprimere cõditionem de mor
te filii, ſed ſufficeret ſi ex uerbis inſtitutionis
iſtud poſſit concipi: nàm hoc modo illa impli
catiua. ETIAM. retineret propriã naturã, quia
iſtud facilius denotatur per illam conditionẽ
de morte filii, quàm in caſu quo ſit prætermiſ-
ſa. Et ſi etiam quis diceret, quòd iſta reſponſio
procederet ſi in principio huius legis dictum
fuiſſet iſtud, ꝙ ad denotãdũ dictã inſtõnẽ eſſe li
mitatã ad caſum prædictum, eſſet exprimenda

illa conditio de morte filii; sed quia istud non apparet decisum, q̃ ideò dicta responsio nõ sit admittenda; attentò, q̃ istud uerbũ admittendum credunt. intelligitur de eo, quod decisum & præsuppositũ fuit ſ in principio legis. Pro resolutione & intelligẽtia dico esse aduertẽdũ, q̃ Gallus in forma institutionis huius nepotis nõdùm nati, quã induxit, & de qua in principio huius legis, duo induxit. Primũ, q̃ procedat institutio huius nepotis, ueluti facta solũ in casu, quo is nepos eẽt suus, & in quo uti præteritus posset rũpere testamẽtũ. Aliud, q̃ ad denotãdũ institutionem fuisse limitatam ad dictũ casum, exprimenda esset conditio de morte filii (ut declaratum fuit ſ in principio legis) & ideò Scæuola in hoc §. dubitat, an ad denotandum dictam limitationẽ sit præcisè necessaria expressio dictæ conditionis; Et ex mente aliorum determinat, q̃ non: quia licet non exprimatur cõditio de morte filii: tamẽ admittendũ est, quòd intelligatur limitata ad prædictũ casum suitatis & necessitatis dũmõ ex aliis uerbis institutionis concipi possit; q̃ fuerit limitata ad dictum casum. Secundò ad dictũ obiectum respondetur, q̃ licet dicta uerba. Admittendum credũt. intelligantur de eo, q̃ possit institui iste nepos, & q̃ eius institũ ualeat: attamẽ illa dictio. Etiã. seruaret suam propriã naturam, stante etiã conclusione suprà facta, uidelicet, q̃ conditio de morte filii consideretur pro ratione dubitandi ad uitiandum institutionem huius nepotis nondùm nati, quia intelligendo, quòd decisio tex. sit, q̃ ualeat institutio quocunq; casu, qui possit cõcipi ex uerbis, põt eẽ maior dubitatio, an quãdo est prætermissa conditio de morte filii, ualeat institũ in quocunq; casu, qui possit cõcipi ex uerbis institõis. quã de eo, an ualeat in casu suitatis & necessitatis tantũmodo, ubi sit expressa con-
8 ditio de morte filii. Alia ẽ dubitatio, que fuerit rõ dubitandi & decidendi in tex. nostro iuxtà istum nostrum intellectũ. Ad quod respondetur, quo'd quatenus decisio tex. nostri intelligitur, quòd institutio huius nepotis censetur limitata ad casum suitatis, quàmuis nõ sit expressa cõditio de morte filii, dũmodo ex aliis istud concipi possit, Rõ dubitandi esset; quia cùm in forma tradita per Gallum & per legem uelleiã ad denotandũ, quòd institũ huius nepotis esset limitata ad casum suitatis & necessitatis, exprimatur conditio. si filius me uiuo decesserit uel si me uiuo suus hæredes esse desierit. idcirco' uidebatur, quo'd expressio. d. conditionis foret necessaria ad effectum prædictum; & tantò magis de iure antiquo, quo tẽpore nõ attẽdebatur solauolũtas, que non esset uerbis significata, nec ẽt cã, que ex uerbis nõ colligebatur. l. i. C. ut actio ab hered. & contrà hered. ad fin. instit. de uerb. obliga. in principio & §. post mortẽ & l. i. C. de formul. Rõ tamẽ decidendi est, quia dũmodo hic casus. quia filius moriatur, uel desinat eẽ suus. possit colligi seu cõcipi ex uerbis institõis, quãuis specialiter uerba non exprimant dictum casũ, satis dici dẽt expressus, ex quo colligitur saltẽ incõsequentiã uerborũ expressorũ. l. prætor ait §. i. ubi Bart. & alii not. ff. de noui operis nunciat. l. tale pactũ §. fi. ff. de pactis. Quatenus aũt decisio prædicta intelligitur, q̃ ualeat institõ ẽt in alio casu, in quo is nepos non efficiatur suus dũmodo ex uerbis institõis concipi possit, q̃ fuerit facta ẽt in alio casu; ratio dubitandi est: quia attẽtò, q̃ prouisiones Galli & legis uelleiæ loquũtur solũ de institõe huius nepotis nondùm nati limitata ad casum suitatis & necessitatis, igitur uidebatur, q̃ non posset in alio casu ualere. Ratio aũt decidendi est; quia nil prohibet quo'minus possit indistinctè is, qui nondùm natus est institui, dũmodo sua institutio non contineat conditionem mortis. (ut ſ dictum fuit in euidentialibus.) Et ad obiectũ est solutio, q̃ prouisiones Galli & legis uelleiæ loquuntur in casu, quando est expressa conditio de morte filii, uel saltem cẽsetur comprehensa in dicta institutione: Nàm tũc requiritur, quo'd institutio sit limitata ad casum suitatis & necessitatis, & appareat quo'd. d. conditio sit adiecta solùmodo ad limitandum institutionẽ ad dictũ casum, non autẽ ad alium effectum: sed non loquuntur in casu quando. d. conditio non fuit adiecta. Tertia est dubitatio, qualiter possint procedere ille due decisiones, quas colligunt doct. ex hoc tex.
9 iuxtà suum intellectum: Ad quo'd respondetur quo'd prima decisio, uidelicet, quo'd ualeat institutio huius nepotis, quàmuis non sit expressa conditio de morte filii, procedit absq; dubitatione, non solùm iuxtà præsuppositũ nostrum, quo'd esset testamenti factio cum nondùm natis, & quo'd possint institui dummodo institutio non contineret conditionem de morte patris: nàm stante isto præsuppositio, esset indubitatum, quo'd institutio huius nepotis procederet sine conditione de morte filii: quinimò multò facilius quàm cum d. conditione: (ut patet ex his, quæ suprà fuerunt declarata:) uerùm etiam procederet absque dubio retẽto præsuppositio doctorũ, uidelicet, quo'd nõ esset testamenti factio cum nondùm natis, & quo'd nõ essent capaces nisi in casu, quo essent sui hæredes testatoris: quia cùm institutio nondùm nati

sit

sit conditionalis. si institutus nascatur & in tẽ pus natiuitatis fuerit collata. l. i. ff. de cond. & demon. l. interdum. ff. de uerb. oblig. propterea sequitur, quòd sufficiat si natiuitatis tempore adsit in ipso nepote capacitas & testamenti factio quia nascatur suus. l. in tẽpus. ff. de hæred. inst. quámuis non exprimatur illa conditio. si nepos efficiatur suus. & sic si in eo cessauerit ille defectus, propter quem in eius persona causabatur incapacitas. Simile uidemus, quòd ubi dispositio legati uel fideicommissi uitiatur propter aliquem defectum ex parte rei relictæ uel personæ, cui relinquitur, ubi relictum sit conditionale, ad effectum ut ualeat, sufficit si tempore quo euenit cõditio, cessauerit talis defectus. l. cætera. §. i. ff. de leg. i. inst. de leg. §. an seruo. notant Bart. & alii in l. i. & l. penul. ff. de reg. cathon. Nec requiritur expressio illius conditionis si euenerit ille casus, in quo cessat defectus, propter quem relictum uitiatur, nisi illud relictum sit purum. l. nemo rem suam. ff. de uerb. oblig. l. res propria. C. de leg. notatur in l. cum filio. ff. de leg. i. & in d. §. an seruo. & l. ubi puré. infrà ad trebel. Et quámuis institutio prædicta, dùm fit simpliciter, dicatur etiam generalis ad illum casum, in quo is nepos non nascatur suus, in quo casu (secundum doct.) institutio non poterat esse utilis: Tamen quia continet casum, in quo is nepos nascatur suus (in quo ẽ utilis) non debet uitiari hic casus utilis propter casum inutilem. l. i. §. pe. ff. de uerb. obl. Et quàm uis (secundum doct.) non possit esse ualida institutio huius nepotis nondùm nati, nisi eueniat ista cõditio seu casus, ꝙ nascatur suus; nõ tamen est de substantia, seu de forma, ꝙ talis conditio seu casus exprimatur in d. institutione, ut concludit Bar. hic. col. i. uers. sed aduertẽ dum, dùm dicit, ꝙ Gallus induxit quidem, posthumos nepotes posse institui in casu prædicto: non tamen uoluit, ꝙ in modo instituẽdi essent necessaria tot uerba.

10 Quantum autem ad aliam decisionem, ꝙ institutio ualeret solũ in casu dispositio per Gallum, licet esset simpliciter & indistinctè facta. Tenendo opinionem nostram, quòd hic nepos nondùm natus posset institui etiam in casu quo non efficeretur suus, dummodo non esset adiecta conditio de morte patris sui, nullo modo posset procedere: quia iuxtà. d. opinionem nulla posset allegari rõ, propter quã dicta institutio non debeat intelligi simpliciter & generaliter etiam in casu, quo nepos nõ efficiatur suus, pro ut facta fuit: non aũt limitata & restricta ad casum suitatis d. nepotis. Nõ etiã põt procedere tenendo opinionẽ & præsuppositum doct. ꝙ talis nepos non possit institui nisi in casu, quo efficiatur suus, cũ etiam possit institui in casu dispositio per legem uel leiam & in casu dispositio per Iulianũ: ita ꝙ necesse habemus fateri (etiam iuxtà opinionem doct.) quòd institutio de isto nepote simpliciter & indistinctè facta foret ualida non tantũ in casu dispositio per Gallum: sed etiam in aliis casibus, de quibus per legem uelleiam & per Iulianum: nam non possumus diuinando intelligere, ꝙ tex. noster loquatur solùm in casu, quando fuit expressa conditio. si dictus nepos nascatur post mortem aui. (ut dictum fuit s:) & propterea infertur, ꝙ tex. in his uerbis. Vt eo casu ualeat, qui ex uerbis cõcipi possit. nullo modo possit intelligi de uerbis Galli, sed de uerbis institutionis ipsius nepotis. Præterea cũ de iure prætorio ualeat institutio post humi alieni quòad effectũ, ut illi detur bonorum poss. secundũ tab. inst. de bo. pos. §. i. qũo possumus dicere, ꝙ institutio huius nepotis facta simpliciter, ualeat solùm in casu, quo nascatur suus post mortem aui? cũ in casu, quo non efficeretur suus, sit ualida de iure prætorio: Vndè esset necesse limitare hanc decisionem & dictum Scæuolæ, ut procedat de iure ciuili tantummodo: non autem de iure prætorio; quod tamen est absonum, cùm simpliciter agatur de ualiditate institutionis. Nàm non possumus dicere, quòd ex quo secundũ opinionem doctorũ de iure ciuili iste nepos non poterat institui, nisi in casu quo efficeretur suus, ꝙ ideò præsumptio sumatur, ꝙ testator solùm in d. casu uoluerit instituere. argumento. l. quotiens in stipulationibus. ff. de uerbo. obl. cum aliis concord. ut etiam dicebant hic Alex. in 3. Notabili & Ias. in 2. & hoc respectu dicatur ualida solùm in prædicto casu: quia hoc non potest procedere præsuppositoꝙ in alio casu possit ualere institutio saltim

11 de iure prætorio. Præterea regula prædictæ. l. quotiens & aliorum concord. procedit in casu quo dispositio potest intelligi in altero casu tantùm, uel in eo, in quo potest ualere, uel in eo in quo nõ potest ualere: quia ad effectũ, ut ualeat, sumitur illa præsumptio, quòd testator uoluerit facere illã in casu ualido: sed non procedit in casu quo dispositio ex generalitate uerborum comprehendit plures casus, nõ solùm illos, in quibus utiliter fit: sed etiã alios,

ad quos utiliter non potest extendi; quia tũc censetur facta in quocunq; casu, quem significant uerba: quia propter id non fit, quòd dispositio reddatur inutilis. Hinc uidemus, q̃ si fiat substitutio cõpendiosa per uerba directa extraneo filio maiori, licet non possit ualere iure directo, pro ut uerba significant, sed ipso lummõ iure fideicommissi: constabit tamẽ q̃ testator uoluerit facere directam quàmuis illam non posset facere, ut concludunt Bart. & omnes alii in l. centurio. infrà de uulg.

12 Quarta est dubitatio, an decisio Scæuolæ in isto §. pertineat ad reprehensionem Galli, an uerò ad eius declarationem. Circà quam concludo, quòd licet glo. & communiter doct. dicant, q̃ pertineat ad reprehensionem Galli tanquàm quòd Gallus præsupposuerit, q̃ sit necessaria expressio conditionis de morte filii cùm tamen non sit necessaria: Ego tamen cõcludo, q̃ solùm pertineat ad declarationẽ, prout etiam cõcludit Imo. Raph. & Paul. de Castr. & ista opinio est indubitata, siue attendamus communem, siue nostrum intellectũ ad tex. nostrum. Nàm iuxtà communem intellectum, decisio Scæuolæ continet, q̃ exigatur, ut omninò eueniat ista conditio, q̃ filius moriatur uiuo patre ad hoc, ut habeat effectũ institutio de isto nepote; sed quòd non exigatur, q̃ dicta conditio exprimatur in institutione, hæc decisio non pertinet ad reprehensionem prouisionis Galli, sed ad eius declarationem: ex quo Gallus non dixit, quòd ista conditio esset de necessitate exprimenda in institutione. (ut etiam dicunt glo. & doct. ut suprà dictum fuit.) Et quàmuis in formula per eum tradita apposuerit. d. conditionem: non tamẽ propter id debuit reprehendi de superfluitate; Tùm quia iuxtà opinionem doct. expressit id, quod tacitè intelligitur. Igitur &c. l. stipulationes commodissime. ff. de uerb. oblig. l. testamentum non ideò. C. de testamẽ. Tùm quia etiam lex uelleia in formula, quam tradidit expressit illam conditionem. Si filius me uiuo moriatur, uel si me uiuo suus hæres esse desierit. ut in §. nunc de lege uelleia: & tamen non reprehenditur de superfluitate. ut fatẽtur glo. & omnes alii hic: & ideò declarabitur, q̃ Gallus dictam conditionem apposuit in formula, non quia uoluerit illam de necessitate esse exprimendam in institutione: sed ad denotandum, q̃ euẽtus dictæ conditionis est necessarius ad hoc, ut habeat effectũ institutio. Præterea decisiones, quæ colliguntur ex isto textu (secundum nostrum intellectum) non possunt adaptari ad reprehensionem Galli: sed solùm ad declarationem. Nã illa decisio, quòd ad denotandum institutionẽ huius nepotis esse limitatam ad casum suitatis huius nepotis, non exigatur expressio specifica dictæ conditionis. Si filius me uiuo moriatur: sed sufficiat si dicta cõditio possit ex aliis uerbis colligi seu subintelligi, non potest esse ad reprehensionem Galli: quia, licet Gallus præsupposuerit, quòd exigatur expressio. d. conditionis ad denotandum. d. limitationem: nõ tamen præsupposuit, q̃ exigatur in specie, & nominatim expressio. d. conditionis, ita q̃ nõ sufficiat si in consequentiam aliorum uerborum possit colligi, quia etiam isto alio modo diceretur expressa. l. prætor ait. §. i. ubi glo. & Bart. & alii not. ff. de noui. operis nũt. Et istud declaratur per hanc decisionem Scæuolæ. Illa etiam decisio, quòd institutio huius nepotis facta simpliciter sine conditione mortis filii, ualeat in quocunq; casu, qui possit colligi ex uerbis ipsius institutionis & sic etiam in casu quo nepos non esset suus, non pertinet ad reprehensionem Galli, quia Gallus non dixit oppositum (ut dictũ fuit suprà in principio) sed tantùm ad declarationem, uidelicet, ut decisio Galli, quòd institutio nepotis debeat esse limitata ad casum suitatis, procedat quãdo est apposita illa cõditio de morte filii, sed nõ in alio, quando dicta conditio non fuisset apposita.

13 Quinta est dubitatio, qualiter debeat exemplificari tex. in eo, quod dicit. Sed simpliciter instituat. Ad quam respondetur, quòd illa prima decisio, que colligitur ex tex. nostro secũdum nostrum intellectum, uidelicet, q̃ ad effectum, ut institutio huius nepotis censeatur limitata ad casum suitatis huius nepotis & necessitatis, neuti præteritus rumpat testamentum, sufficiat, q̃ id possit colligi ex uerbis expressis absque eo, quòd præcisè & in specie sit expressa illa conditio. si filius me uiuo decesserit. potest exemplificari iuxtà formulas, quas apposuit Scæuola infrà in §. instituens. uidelicet, si dictum sit. Instituo posthumum, qui mihi suus hæres post mortem meam nascetur, uel quidquid liberorũ, quod mihi post mortem meã nascetur, uel quisquis ex liberis mihi post mortem meam nascetur, hæres esto, si suus hæres nascetur. nàm licet in casibus prædictis non sit in specie & nominatim expressa illa conditio. si filius meus me uiuo de

cesse-

cesserit. quia tamen hic nepos non potest aliter nasci suus hæres, nisi cõtingat, q̃ filius moriatur, uel desinat esse suus hæres uiuo testatore: idcirco in consequentiam illius cõditionis. si suus hæres nascetur, uel qui suus hæres nascetur. appositæ in persona nondum nati instituti, subintelligitur illa conditio in persona filii. si moriatur, uel desinat eẽ suus hæres auo. & sic intelligitur institutio limitata ad casum, in quo filius desinat esse suus hæres, & nepos nascatur suus. Et aduerte, quia Scæuola in d. §. instituens, dum in formulis, quas tradidit, addidit illud uerbum. si suus hæres nascetur, uel qui mihi suus hæres nascetur. ex quo colligi posset institutionem. d. nepotis esse limitatam ad casum suitatis huius nepotis, præsupponit, quod ad istum effectum, ut institutio censeatur limitata ad dictum casum exigatur, q̃ sit adiectum aliquod uerbum, per quod illud denotetur, & quod si tale uerbum non esset additum, censeretur facta & ualeret etiã in alio casu: nam si non posset fieri nec ualere nisi in casu suitatis nepotis (ut præsupponunt doct.) & quod semper intelligeretur limitata ad d. casum quibuscunque uerbis fuisset concepta; ad quid Scæuola addidisset illud uerbum. In formulis quas tradidit? Quinimo posset & ipse de superfluitate reprehendi. (ut etiam dictum fuit in d. §. instituens.) Nec obstat si diceres, quod ex quo subintelligitur in exemplo prædicto illa conditio. si filius moriatur, uel si suus hæres esse desierit me uiuo. q̃ idcirco institutio huius nepotis non possit dici facta simpliciter quo ad dictam conditionem de morte filii, quia respondetur, q̃ dicitur simpliciter facta quo ad formam uerborum: attento, q̃ d. conditio non fuit expressa, quamuis in consequẽtiã dicta conditio subintelligatur. Simile habetur in. l. aliquãdo infrà de cond. & demõ. in l. quod purè. infrà quãd. dies leg. ced. in quibus dicitur, quod illud legatum, in quo nulla conditio fuit expressa, sed fuit ademptum sub conditione, sit & dicatur purè factum quamuis intelligatur relictum sub contraria conditione: nã præsupponitur dici purè factum quo ad formam uerborũ, licet. d. conditio subintelligatur. Crederem ẽt quod prædicta decisio posset exemplificari in casu, quando testator dixisset. Instituo nepotem posthumum, qui mihi nascetur post mortem meam. nam ex quo nepos non potest dici posthumus aui, nisi inquantum agnascendo efficitur suus hæres auo (ut dictũ fuit ſ. in principio & in euidentialibus:) in consequentiam dicti uerbi. Posthumum nepotem. intelligetur quod. d. institutio sit limitata ad casum suitatis. Dici tamen potest, q̃ in hoc exemplo institutio non esset simpliciter facta quo ad conditionem de morte filii: ex quo illa conditio uidetur expressa in illo uerbo. Posthumum nepotem. Nã exprimunt nepotem nasciturum post mortẽ filii (ut patet ex his, quæ dicta sunt ſ. in euidentialibus.) Alia etiam decisio. Quod institutio huius nepotis nondum nati simpliciter facta ualeat quocunque casu, qui concipi possit ex uerbis institutionis. potest non solum prædicto modo exẽplificari, sed etiam pluribus aliis modis. Nã primo potest exemplificari, ut licet intelligatur limitata ad casum suitatis, comprehendat tamen quoscunque casus, in quibus nascatur suus siue in uita, siue post mortem; pro ut si dictum sit. Nepotem, qui mihi nascetur suus instituo. nulla habita mentione an in uita, an post mortem aui nascatur; & etiam, ut cõprehendat quoscunq; casus, in quibus iste nepos efficietur suus siue tẽpore natiuitatis, siue post natiuitatem, pro ut si dictum sit. Instituo nepotem nasciturum qui mihi suus hæres efficietur. nã in istis casibus dicetur facta simpliciter quo ad cõditionem de morte filii, quia illa nõ fuit expressa, sed subintelligitur solum in consequentiam, quia nepos fuit institutus in casu, quo nascetur suus uel efficietur suus post suam natiuitatẽ. Et in casibus prædictis potest ualere quocunque casu qui concipi potest ex uerbis institutionis. Potest etiam exẽplificari intelligendo, q̃ non sit limitata ad casum suitatis huius nepotis, sed sit generalis ẽt ad casum, in quo nepos non efficeretur suus hæres auo, prout quando simpliciter dixisset. Nepotem mihi nasciturum ex filio instituo. nã esset facta siue efficiatur suus, siue non, & utroque casu ualeret. ut uult tex. iste iuxta' nostrum intellectum; & dicetur facta simpliciter quo ad conditionem de morte filii, quia non solum nõ fuit adiecta. d. conditio, sed nec etiam subintelligeretur stantibus his, que dicta sunt supra'. Si uero quærimus qualiter exemplificari debeat decisio, quam colligunt doct. ex tex. isto iuxta' eorum intellectum, uidelicet, quod institutio huius nepotis nondũ nati simpliciter facta ualeat solũ in casu, quo is nepos nascatur suus uel efficiatur suus in morte aui; respondetur, quod glo. & doct. exemplificant pluribus modis.

Primo

Primo quando dictum esset. si quis mihi nepos nascetur post mortem meã hæres esto. in isto exemplo clarum est, quod institutio dicetur facta simpliciter quo ad illam conditionẽ de morte filii, quia illa nec fuit expressa, nec potest intelligi ex aliquibus uerbis expresis: quoniam uerba sunt generalia etiam ad illum nepotẽ, qui nec nascitur suus nec efficitur suus hæres auo. Tamen non est uerum, quod in casu isto institutio ualeat solum in eo casu, in quo is nepos nascatur, uel efficiatur suus, sed ualebit etiam in casu quo non efficitur suus. ut est tex. hic & præsupponit tex. in §. instituẽs. & dictum fuit s. Et ad hoc, ut ualeat solum in casu quo efficiatur suus, oporteret addere illud uerbum. Qui mihi nascetur, uel efficietur suus. quo casu licet subintelligatur illa conditio de morte filii, uel si filius desierit esse suus hæres: Attamen dicetur facta simpliciter quo ad dictam conditionem de morte filii (ut s dictum fuit.) Idem dicendum est in alio exemplo. Glo. & doct. dum exemplificat quando testator dixit. Filium, et nepotem, qui mihi nascetur ex eo, instituo. quia licet istud exemplum differat à præcedenti in hoc, quia in isto coniunctim fuit facta institutio de filio & nepote, & in priore exemplo nulla sit facta mentio filii in institutione nepotis: Tamen etiam in isto secundo exemplo institutio quo ad conditionem de morte filii, dicetur simpliciter facta: ex quo non solùm non fuit expressa, sed nec etiam subintelligitur in consequentiam alicuius uerbi expresi: Attamẽ dubitatio est, an ualeat solùm in casu quo nepos efficietur suus hæres, an uerò in alio casu. Circa quod dicendum est (ut statim dixi.) Exemplificant etiam alio modo, quando testator dixisset. si filius hæres nõ erit, tunc qui mihi ex eo nascetur nepos, hæres esto. & in isto exemplo doct. præsupponunt plura. Primo, quòd ista institutio de nepote sufficiat ad faciendum, quòd nepos uti præteritus in primo gradu, non rumpat testamentum. Secundò præsupponunt, quòd dicatur facta simpliciter quo ad conditionem de morte filii. Tertiò quod non ualeret ista institutio nepotis, nisi in casu quo nasceretur, uel efficeretur suus. Quantum ad primum, si tenemus, quòd ista institutio nepotis sit solùm facta in secundo gradu & sit solum substitutio, præsuppositum doct. non posset procedere: quia cùm nepos efficitur suus hæres, et reperiat se præteritum in primo gradu, utiq; ueluti præteritus à primo gradu rumperet testamentum. (ut dictum fuit suprà in principio legis.)

Quãtum ad secundum etiam non uideo quomodo posit procedere, quod dicatur simpliciter facta quò ad conditionem de morte filii, cùm sit adiecta illa conditio. si filius hæres nõ erit. que continet, si non potuit esse hæres. l. cùm proponas. C. de hæred. instit. l. si paterfamilias infrà de hæred. insti. qui casus in filio suo hærede nullo alio modo potest euenire, nisi dùm decedit uiuo testatore, uel desinat esse suus hæres auo: & propterea. d. conditio de morte filii dicetur expressa saltem uerbis generalibus. (ut dictum fuit in. l. i. infrà de uulg.) Quò uerò ad tertium dico (ut suprà dictum fuit) quòd dicta institutio de nepote intelligeretur facta etiam in casu, quo iste nepos non efficietur suus (ut dixi s) & ẽ casus in §. fi. infrà eadem lege. Idem dicendum est circà quartũ exemplum doctorum dùm exemplificant, quando testator dixit. Filium instituo & nepotem substituo. nam hic casus non differt à præcedenti nisi in eo, quia in præcedenti est expressa forma uulgaris & illa conditio. si hæres non erit. sed in isto non fuit in specie expressa, sed simpliciter fuit dictum. Nepotem substituo. & solum hoc respectu posset dici, quòd magis in isto casu, quàm in præcedenti posset dici simpliciter facta quo ad conditionem de morte filii: quia in casu isto non posset dici expressa, sed solùm, quòd subintelligi potest uigore illius uerbi. substituo. Et ideò cõtrà istud exemplum militant illa omnia, quæ dicta fuerunt contrà aliud præcedẽs.

Quatenus etiam doct. exemplificant, ubi dictum esset. Filium & nepotem nondum natum instituo. Istud exemplum procedit quidem quantum ad id, ut dicatur simpliciter facta quo ad illam conditionem de morte filii: quia in isto exemplo nullum adest uerbum, quod exprimat dictam conditionem, nec in genere, nec in specie, nec in consequentiam cuius, debeat subintelligi: non tamen procedit quantum ad id, quòd institutio de isto nepote ualeat solummodo in casu suitatis dicti nepotis: ex quo enim uerba sunt generalia ad quemlibet nepotem, etiam qui non efficeretur suus hæres auo: propterea ualebit in quolibet nepote quamuis nõ efficiatur suus. Quinimò etiam sunt generalia ad nepotem, qui non esset posthumus, ad eum uidelicet, qui nasceretur in uita filii & in uita testatoris: in

quo

quo tamen non posset militare regula antiqua. quòd posthumus alienus non posset instituí. per ea, quæ suprà dicta fuerunt. Solúm igitur esset inquirendum, an hic nepos censeretur coniunctim & simul institutus uti coheres filii, & eodem tempore quo filius; an uerò ordine successiuo. de quo latè per Barth. & alios hic. de quo dicemus infrà in quæstionibus post interpretationem Legis.

Sequitur §. Idem credendum.

1 *Communis intellectus ad istum tex. ex pluribus reprehenditur.*
2 *Verus sensus & intellectus ad istum tex.*
3 *Ratio dubitandi & decidendi circà istum tex. in sui prima decisione.*
4 *Que potuerit esse ratio dubitandi & decidendi in Versiculo. Sed & si uiuo.*
5 *Verba illa.* POTEST DICERE *&c. iuxtà communem sensum & intellectum, impropriantur & non propriè stant.*
6 *Sed iuxtà nouum intellectum stant in sui propria significatione.*
7 *Ratio dubitandi & decidendi que potuerit esse circà Versiculum. Nàm & si filius.*
8 *Quare in casu Versiculi. Nàm & si filius. institutio de pronepote debeat concipi sub conditione mortis utriusq;, uidelicet, filij & nepotis.*
9 *Ratio quare in casu huius tex. in Versiculo. Ita sanè. nepos positus in conditione. si suus efficiatur. rumpit testamentum.*
10 *Quare testamentum ruptum præteritione nepotis non reconualescat, quàmuis in eo sit institutus pronepos, qui sit suus.*

1 IDEM CREDENDVM. Dubitatur primò, quę sensum habeant illa uerba. Idẽ credendum est Gallum existimasse & de pronepote, ut dicat testator si me uiuo etc. Si tenemus præsuppositum doct. quòd Gallus induxerit de nouo testamenti factionem in isto nepote nondùm nato in casu, quo nascitur suus post mortẽ aui, qui antè eum nullo modo potuisset instituí; oporteret dicere, quòd prædicta uerba essent exponẽda in istum sensum. Idem credendum est Gallum induxisse in pronepote, ut posit instituí dũmodo sub hac forma. Que tamẽ expositio uiolat literã. Aliud est .n. existimare. Aliud inducere: & illa uerba. VT DICAT TESTATOR. (quæ importãt, ut testator possit dicere, prout etiam subdit tex. in uers. sequenti) non possunt sine uiolatione accipi in illum sensum, ut non aliter, nec alio modo iste pronepos posset instituí. (ut dicetur in uersiculo sequenti.)

2 Sed tenendo opinionem nostram. quòd institutio nondùm nati nõ uitiaretur nisi quando continebat conditionem de morte patris illius instituti, & quòd prouisio Galli pertineret ad id solùm, ut in institutione sub forma, de qua per eum suprà in principio legis, non uiciaretur institutio nepotis nondùm nati sub conditione de morte filii: quia interpretatio summenda sit, quòd illa conditio sit adiecta ad denotandum, quòd institutio nepotis esset limitata ad casum suitatis. d. nepotis, & ad casum quando, uti præteritus, posset rũpere testamentum: uerba prædicta sunt accipienda in istum sensum. IDEM CREDENDVM EST GALLVM EXISTIMASSE IN PRONEPOTE. i. quòd in institutione pronepotis nondùm nati facta sub conditione de morte nepotis, summatur illamet interpretatio, que summitur quando post conditionem de morte nepotis superadditur illa alia conditio. si pronepos nascatur post mortem testatoris.

3 Et quàmuis prima facie nõ uideatur esse probabilis ratio dubitandi, quin Gallus non existimauerit idem in institutione pronepotis, quia uerba ipsius uidebantur continere pronepotẽ: ex quo appellatione nepotis continetur pronepos, ut per Barth. & alios in ead. lege §. instituens: & quia dispositio. l. uelleiæ loquitur de pronepote etiam, & prouisio Galli extenditur ad similitudinem legis Velleiæ (ut dicitur infrà in §. quid si is.) Tamen potuit esse probabilis ratio dubitandi propter id, quia uerba, de quibus in prouisione Galli, non comprehendebant institutionem huius pronepotis sub dicta conditione. Si nepos me uiuo decesserit. Tum quia Gallus loquitur de nepote ex filio, quo casu non continetur nepos ex alio nepote, uidelicet pronepos ut per Bart. in. d §. instituens. & loquitur in illa conditione. si filius me uiuo non de ista. si nepos me uiuo. & de nepote qui sit posthumus filii, non de illo, qui sit posthumus nepotis, pro ut est iste pronepos, de quo hic dicitur. & decisio. l. Velleiæ nõ adaptatur ad præsentẽ casum: quia in prouisione. l. Velleiæ cõditio de morte filii adiicitur natiuitati ipsius nepotis, & cõditio de morte nepotis natiuitati. d. pronepotis; non autem institutioni ipsorum. (ut dicetur in §. nunc de lege.) hic autem conditio de morte nepotis adiicitur institutioni de ipso pronepote. Ratio tamen decidẽdi est clara: quoniam quod expressum fuit

in

in consilio Galli de filio & de illa conditione. si filius me uiuo decesserit. & de institutione nepotis ex filio, qui nascetur post mortem aui: id fuit gratia exempli, non quia uoluerit limitare suam prouisionem ad personam filii & nepotis; & ideò declaratur per Scæuolam, quòd intentio Galli fuit, ut sua prouisio porrigatur ad quoscunque alios descendentes in quibus sit eadem ratio, que in filio & nepote: ex quo exempla non restringunt regulam. l. i. & ibi not. C. de cond. indeb.

4 Secunda est dubitatio circà uersiculum. Sed & si uiuo filio. que potuerit esse ratio dubitandi, quòd non procedat institutio huius pronepotis sub illa conditione. si filius me uiuo moriatur & pronepos nascatur post mortem aui. ubi nepos esset iàm mortuus (stante præcedenti decisione, quòd Gallus existimauerit idem in pronepote) Respondetur, quòd si decisio huius uersi. esset de eo: an in casu isto esset testamenti factio cum isto pronepote, decisio nullam haberet dubitationem, quia iàm istud fuisset decisum in præcedenti decisione: sed tenendo, quòd decisio sit de eo, an procedat institutio pronepotis sub illa conditione. si filius me uiuo decesserit. decisio habet probabilem rationem dubitandi: quoniam in præcedenti uersi. & suprà in principio legis, conditio est de morte patris illius instituti, & cuius ipse institutus esset posthumus: sed in casu huius decisionis conditio nõ est de morte patris istius pronepotis, sed de morte aui huius pronepotis & cuius non est posthumus iste pronepos institutus: nàm cũ nõ sit filius. d. filii, nec etiam est suus hæres. d. filii: propterea nullo respectu põt dici eius posthumus, sed solùm posthumus nepotis, qui est eius pater & proaui testatoris, ex quo agnascendo efficitur suus hæres ipsius; & ista diuersitas potuit causare probabilem rationẽ dubitandi in ista decisione etiam post præcedentem. Attamen ratio decidendi est euidẽs: quia etiam hoc casu sumitur ex uerbis illa interpretatio, quòd dicta conditio de morte filii sit adiecta ad denotandum, quòd institutio huius pronepotis sit limitata ad casum suitatis. 5 Et est aduertendum ad duo circà decisionem huius uersi. Et primò, quia tenendo præsuppositum doct. quòd iste pronepos nõ posset institui in alio casu, sed solùm in casu, quo nasceretur suus post mortem aui, oporteret accipere illa uerba. POTEST DICERE SI ME VIVO FILIVS DECEDAT, TVNC QVI MIHI PRONEPOS &c. in istum sensum, quòd potest instituere, dummodo dicat. si uiuo filio &c. & sic dummodo institutio fiat sub d. forma. Et iuxtà istum sensum illud uerbum. POTEST. denotaret necessitatem præcisam, quia deberet omninò sub dicta forma concipi institutio, & sic impropriatur significatio illius uerbi. POTEST. ultrà etiam, quòd dicta uerba non uidentur pertinere ad inducendum potentiam instituendi, sed ad denotandum, quòd institutio posset fieri sub dicta 6 forma. Sed tenẽdo præsuppositum nostrũ, quòd potest iste pronepos institui, etiã quòd non efficiatur suus hæres illi proauo, dummodo in eius institutione non apponatur cõditio de morte alterius; illa uerba. POTEST DICERE SI ME VIVO &c. accipiũtur in illum sensum, quòd iste pronepos, non solùm sub alio modo & forma, potest instituere non adiecta conditione de morte filii, sed etiam cum dicta conditione; Addendo conditionẽ. si ipse pronepos nascatur post mortem proaui testatoris. & uerba proceduntabsque ulla impropriatione.

Secundò est aduertendum, quia tex. in isto uersic. á contrario sensu præsupponit, quòd si extarent tempore testamenti filius & nepos, nõ procederet institutio pronepotis sub illa conditione. si filius me uiuo decederet. non adiecta conditione de morte nepotis, prout in casu uersi. sequentis: nàm dùm loquitur præcisè in casu quo, tempore testamẽti extabat solũmodo filius, & nepos erat mortuus, á contrario sensu præsupponit, quòd ista institutio nõ procederet, si uterque uiueret, quàmuis contingeret, quòd post testamentum priùs decederet nepos deindè filiùs, de quo dicetur in sequenti uersic.

7 Tertia est dubitatio circá uersiculum. Nám etsi filius & nepos. que sit ratio dubitandi circá istam decisionem. An ualeat institutio huius pronepotis sub illa conditione. si filius & nepos decesserint uiuo testatore. stãtibus duabus præcedentibus decisionibus. Si tenemus præsuppositum doct. & eorum intellectum ad istum tex. uidelicet, quod decisio Scæuolæ solùm pertineat ad denotandum, quòd sit testamenti factio cum isto pronepote nõdùm nato in casu, quo nascatur suus post mortem aui, & decedat filius & nepos uiuo auo. Ista decisio nullam haberet dubitationem: quia esset de eodem. quod priùs fuerat in præcedentibus

tibus decisum. Sed tenendo præsuppositum nostrum & intellectum nostrum ad istũ tex. uidelicet, quòd decisio Scæuolæ pertineat nõ ad denotandum, q̃ sit testamenti factio cum isto pronepote: sed ad denotandũ, quòd eius institutio procedat non obstante conditione de morte alterius, sua decisio in isto articulo habet probabilem rationem dubitandi: quoniam in præcedentibus decisionibus conditio erat solùm de morte unius, uel nepotis tantùm, uel filii tantummodo: sed in hac decisione conditio est de morte duorum, uidelicet, filii & nepotis ipsius testatoris, & hac ratione cum maiori difficultate uidebatur admittenda talis institutio. Ratio tamen decidendi fuit, quòd ubi ex uerbis colligitur dictã conditionem esse adiectam ad limitandum institutionem ad casum suitatis dicti pronepotis, semper dicitur procedere institutio. Nec dicitur referre, an.d. conditio sit de morte unius uel plurium. Et ex prædictis potes animaduertere, quód tex. considerat rationẽ dubitandi non circa id, an sit capacitas, uel incapacitas in illo nondùm nato instituto: sed circà dictas conditiones de morte alterius.

Est etiam aduertendum ad duo circa præsentem decisionem. Primũ est, quód illa uerba, CONCIPERE VTRISQVE SE VIVO MORTVIS TVNC QVI MIHI PRONEPOS NASCERETVR. (quæ uerba intelligenda sunt, quód potest concipere: non autem, q̃ debeat concipere; quia in præcedenti decisione dixit, quòd potest dicere.) iuxta præsuppositum & intellectum doct. essent improprianda: & iuxta præsuppositum & intellectum nostrum procedunt absque ulla improprietate (ut dictum fuit in præcedenti circà illa uerba.) POTEST DICERE SI FILIVS ME VIVO &c.

8 Secundò est aduertendum, quòd etiam iste tex. à contrario sensu præsupponit, quód non procederet institutio si in casu isto, quando existunt filius & nepos, conditio esset solùm expressa de morte unius, non autem de morte utriusque (quod etiam præsupponit tex. in uersi. præcedenti.) Et ratio est, quia si esset expressa conditio solùm de morte unius, quia in euentum illius conditionis, uidelicet, mortis filii tantummodo, uel nepotis tantummodo; non propterea contingeret, quód ille pronepos institutus nascatur suus: idcircò dicta conditio non posset dici adiecta ad limitandum illam institutionem ad casum suitatis ipsius pronepotis, & hac ratione d. conditio uiciaret ipsam institutionẽ. Et si diceres cùm in §. quidam rectè. sit decisum, non esse necesse, quód exprimatur cõditio de morte filii in institutione nepotis, quomodo in casu præsentis decisionis possumus dicere, quód in institutione huius pronepotis sit necesse, quod exprimatur cõditio de morte utriusque? Respõdetur, q̃ decisio d. §. quidam rectè. procedit in casu, quo institutio fit simpliciter & absolutè absque ulla conditione de morte alterius, quo casu ualet institutio in omni casu, qui potest concipi ex uerbis testamenti. (ut ibi dictũ fuit) sed non procedit, quando est apposita conditio de morte alicuius in ipsa institutione: quia tunc necesse est, quód concipiatur de morte eorum, quorum mors sit necessaria ad effectum, ut is pronepos institutus nascatur suus, ut appareat quòd sit adiecta ad limitandum institutionẽ ad casum suitatis dicti pronepotis. Et tamen iuxtá præsuppositũ doct. & eorum intellectum ad istum tex. uidelicet, quòd in isto tex. & per totam legem, non haberetur consideratio de illa conditione de morte alterius: sed tantummodo de eo, an in isto nepote uel pronepote nondùm nato, adsit suitas tempore quo nascitur; prædicta nõ procederent, quamuis tex. noster illa omnia præsupponat. (ut suprá fuit demonstratum.)

Quarta est dubitatio circá uersiculum. Ita sanè. qua ratione procedunt illa duo, quæ præ-
9 supponit tex. Videlicet, quód non sufficit, quód hic nepos sit positus in conditione ad exclusionem pronepotis ad effectum, nè ipse nepos casu quo efficiatur suus, uti præteritus, rumpat testamẽtum. Secundum, quód testamentum ruptum præteritione huius nepotis non reconualescit quámuis moriatur uiuo testatore, & sit institutus is, qui sublato dicto nepote est suus hæres ab intestato. Quæ etiam. præsupposuit tex. infrá in §. etiã si parente. ad fin. Quó ad primũ, si tenemus illam opinionem, quám tenuit Barto. suprà cad. lege in prin. uidelicet, quód, ad effectum, né filius uti præteritus rumpat testamentum, sufficeret, quód sit positus in conditione ad exclusionem nepotis instituti secundum formam traditam per Gallum. per. l. siquis ita instituatur. infrá de hæred. institu. dicendum esset rationem esse, quam ponit Bart. hic; quia in casu tex. nostri filius erat institutus in primo gradu; quam rationem sic declara. Quia ad hoc, ut dicta conditio, sufficiat ad facien-

dum, nè præteritione filii testamentum rumpatur, oportet, quòd uigore. d. conditionis tacitè uideatur uocatus ab intestato: quia hoc casu (secũdum Bart.) cessat ratio, propter quã præteritione filii lex uoluit, quòd testamentũ rũperetur: sed quotiens est positus in conditione ad exclusionẽ totius testamẽti, potest uigore. d. cõditionis uideri tacitè uocatus ab intestato; propterea hoc casu dicta conditio põt habere prædictum effectũ: Sed quando nõ est positus in conditione ad exclusionem omniũ hæredum, qui sunt scripti in testamẽto, sed solùm aliquorum, tunc nõ põt uigore. d. conditionis uideri tacitè uocatus ab intestato, quia semper cessat causa intestati quotiens põt esse locus causæ testamenti. l. quámdiu. la secunda. infrá. de acqui. hæred. l. antequam. C. comun. de leg. l. i. infrà si tabul. testamen. non ex tab. & ideò hoc casu cõditio nõ potuit habere prædictum effectum; prout contigit in text. nostro, in quo nepos non fuit positus in conditione ad exclusionem omniũ hæredum, qui sunt scripti in testamẽto, sed tantũmodo pronepotis: non aũt ad exclusionem filii, uel alterius cohæredis scripti in primo gradu. Si uerò tenemus aliã opinionẽ, quæ ẽ uerisíma, uidelicet, ꝙ opinio Barth. suprà in principio legis, nõ procedat, nisi duobus concurrentibus. Primũ uidelicet, ꝙ cõditio illa cõsistat in mera uoluntate & potestate filii: ita ꝙ faciat, ꝙ filius nõ sit suus & necessarius hæres ab intestato, sed solùm uoluntarius; prout est illa, de qua loquitur tex. in d. l. si quis ita hæres instituatur. Aliud, ꝙ conditio de ipso filio pertineat ad exclusionem totius testamẽti & omniũ hæredum, qui in eo sunt scripti (ut declaratum fuit suprà in quæstionibus pertinẽtibus ad principium legis.) ratio prædicti præsuppositi est euidens: quia in casu text. nostri in hac cõditione. si nepos decesserit uiuo testatore. deficit utrunq; requisitũ (ut patet.) Quòd ad aliud. Doct. dicunt eius rõnẽ esse, quia præsuppositũ tex. nostri, loquitur & procedit de iure ciuili, quo iure nõ recõualescit ob id, quia filius præteritus, moriatur uiuo testõre: & de iure ciuili intelligitur tex. noster. & in. d. §. ẽt si parente, & ob. d. cãm (quia præteritus decesserit uiuo testatore) põt recõualescere solũ de iure prætorio. per tex. in l. posthumus uersi. idẽ & circá. infrá titu. i. De hoc tamẽ (an de iure prætorio recõualescat testamentũ ruptũ præteritione filii, uel alterius sui hæredis, quando concurrunt ista duo, ꝙ filius præteritus decedat uiuo testatore & ꝙ sint scripti hæredes illi, qui ab intestato eẽnt successũri,) dicã infrà in quæstionibus. De eo aũt, quod tractãt doct. de illa dictiõe. ET CÆTERA. fortè tractabo infrá in quæstiõibus post interpretationẽ legis.

Sequitur §. & quid si tantùm.

1 *Decisio & suppletio Scæuolæ, de qua in isto §. ad quid pertineat.*

2 *Præsuppositа doctorum circà istum tex. ex pluribus reprehenduntur.*

3 *Decisio & suppletio Scæuolæ in isto §. quid de nouo inducat (iuxtà præsuppositа nouiter considerata.)*

4 *Præsupposito, quòd antè prouisionem Galli nepos nasciturus posset institui in casu, quo filius desineret esse suus aliter q̃ per mortem: quomodo decisio Scæuolæ, de qua hic, posit pertinere ad supplendum sententiam Galli.*

5 *Sententia & prouisio Galli consistit in duobus.*

6 *Verus intellectus ad istum tex.*

7 *Casus positio cum rationibus dubitandi.*

8 *Declaratio ad illa uerba.* HII ENIM CASVS ET OMNES, EX QVIBVS SVVS HAERES.

9 *Declaratio ad illa uerba,* SED EX SENTENTIA LEGIS VELLEIAE. *& usque ad finem.*

10 *Declaratio uersic. Quid erit si pronepos.*

11 *Notabile de quo per Aretin. hic. quòd dispositio legis nouæ contrà dispositionem iuris antiqui, loquens in una persona non extendatur ad aliam, non bene colligitur ex isto tex.*

12 *Vbi ex aliqua ratione in aliqua materia fit extẽsioni de casu ad casum à Legislatore, tunc ex eius sentẽtia in consimili materia, fit extensio de eodem casu ad eũdem casum, ubi militat eadem ratio.*

13 *Præsupposito, quòd in institutione facta de nepote nasciturо sub conditione. si filius uiuo auo deceßerit. includatur substitutio uulgaris, que locum habet quocunque casu filius nõ sit hæres: qua ratione posit procedere dictum & extensio Scæuolæ, de qua hic.*

14 *Institutio nepotis concepta in casum mortis filij, an porrigatur ad casum, in quo filius efficeretur monachus.*

15 *Et an de iure hodierno locum haberet in casu emancipationis.*

16 *Dispositio tituli de coniung. cum emancip. lib. hodie est correcta.*

17 *An in terminis huius tex. in casu emancipationis filij, nepos censeri debeat institutus insolidùm, an uerò uti cohæres filij institutus in parte.*

18 *Substitutio de nepote, an regulet institutionẽ de filio.*

19 *Aequiparatio de casu mortis ad casum emãcipationis, quomodo & in quibus terminis procedat.*

20 *Regula illa; Quòd donec succedere potest institutus in primo gradu non posit admitti substitutus quemadmodum accipi debeat declaratur.*

21 *Intellectus ad tex. in l. cũ in testamento. ff. de hæred. instit. in illis uerbis* NVLLO CASV VTERQVE AD HAEREDITATEM ADMITTITVR,

Filius

22 *Filius per emancipationem in terminis huius tex. non excluditur in totum à successione patris, sed uti cohæres succedit cum nepote filio suo.*

1 ET QVID SI TANTVM. Prima dubitatio est. ad quid pertineat suppletio & decisio Scæuolæ, de qua in isto §. Præsupponendo opinionem doct. quòd prouisio Galli & prouisio legis Velleiæ pertineant ad inducendum capacitatem, seu testamenti factionem in istis nepotibus nondùm natis in casibus, de quibus loquuntur; esset dicendum, quòd suppletio Scæuolæ pertineat non tantùm ad inducẽdum, quòd institutio nepotis nondùm nati & nascituri post mortem aui, possit concipi in quocunque casu filius desinat esse suus, (quàmuis tãtùmodo cõcipiatur in casu mortis filii): sed etiam ad inducendum de nouo capacitatem & testamenti factionem in isto nepote, qui nascitur suus post mortẽ aui, ubi filius desinat eẽ suus hæres per alios modos, quàm per mortem: nám si sententia Galli (iuxtà antedictam opinionem doct.) pertinet ad inducendum testamenti factionem in isto nepote, qui nascitur suus post mortem aui casu, quo filius desinat esse suus per mortem; sequitur, quòd decisio Scæuolæ hic, (que facta fuit ad supplendum sententiam Galli in aliis casibus, per quos filius desinat esse suus hæres, ut attestatur Scæuola infrá in §. nunc de lege Velleia) pertineat & ipsa ad inducendum testamenti factionem in isto nepote, qui nascitur suus post mortem aui, quãdo contingat filium desinere esse suum aliter quàm per mortem.

2 Et iuxtà istam opinionem plura præsupponuntur. Primò, quòd dispositio & decisio tex. nostri esset etiam de hoc, quòd institutio de nepote nascituro post mortem aui, posset concipi in quocunque casu filius desineret esse suus hæres. Secundò, quòd Scæuola potuerit inducere capacitatem & testamenti factionem in isto nepote, quam priùs non habuisset. Tertiò, quòd prouisiones Galli & legis Velleiæ, quàmuis pertineant ad inducendum testamenti factionem in istis nepotibus in casibus, de quibus loquuntur: non tamen induxissent testamenti factionẽ in casu, de quo loquitur iste tex. Quæ tamẽ omnia præsuppositа, sunt falsa. Nàm primũ presuppositũ, ꝙ quæstio & decisio tex. nostri sit de eo, ꝙ institutio huius nepotis possit concipi quocunq; casu filius desinat esse suus, confunditur per tex. nostrum, quia in his uerbis. ET QVID SI TANTVM IN MORTIS FILII CASVM CONCIPERET ETC. uidetur apertè præsupponere, quòd posset in aliis casibus concipere; & quod magis est, á contrario sensu præsupponit, ꝙ si in aliis casibus fuisset concepta, quòd non procederet dubitatio de qua in tex. nàm nisi ista præsupponeret, superfluò addidisset illam dictionẽ taxatiuam. TANTVM. Non enim debemus accipere illud uerbum. CONCIPERE. in illum sensum, uidelicet, ut posset concipere: quia propria significatio illius uerbi est, quòd accipiatur pro ipso actu concipiendi: non autem solùm pro potentia concipiendi. Aliud etiam præsuppositum, quòd Scæuola potuisset inducere de nouo capacitatem in isto nepote, quã priùs non habuisset; confunditur per ea, quæ dicta fuerunt suprá in principio in tertia dubitatione. Vltimum etiam præsuppositum non est admittendum: quia illo attento sequerẽtur plura absurda, quæ nullam haberent rationẽ. Nám primò sequeretur, ꝙ Gallus (inducendo capacitatem & testamenti factionem in isto nepote, qui nascitur suus post mortem aui, solũmodo in casu quo efficitur suus per mortem filii, non autem in aliis casibus, per quos filius desineret eẽ suus,) præsupposuisset, ꝙ suitas superueniẽs in ipso nepote post mortem aui, per se sola nõ sufficeret ad inducendum in eo capacitatem & testamenti factionẽ, nisi cõcurreret, ꝙ dicta suitas inducatur per mortem filii. Et similiter, ꝙ lex Velleia præsupposuisset, ꝙ suitas superueniẽs in isto nepote, qui nascitur suus in uita, (quocũque casu filius desinat esse suus) sola nõ esset sufficiens ad inducendũ capacitatẽ in ipso nepote, nisi cõcurrat, ꝙ illa superueniat in uita aui: secus aũt si superueniret post mortẽ aui, et cõsequẽter sequeretur, ꝙ Gallus & lex Velleia uoluerunt relinquere impotẽtiã in isto nepote, qui nascitur suus post mortẽ aui, quãdo filius aliter quá per mortẽ desinat esse suus; Et tamẽ (ut dixi) prædicta nullã possunt hẽre rõnẽ. Quinimò existimãdũ ẽ, ꝙ si lex Velleia nihil disposuit de nepote, qui nascitur post mortem aui in casu, quo filius aliter quàm per mortem desinat esse suus, quòd id ommiserit, quia existimabat ad id sufficere prouisionem Galli. 3 Concludendum est igitur, quòd ista suppletio & decisio Scæuolæ nullo modo pertineat ad inducẽdum de nouo capaci-

tatem seu testamenti factionem in isto nepote, qui nascitur suus post mortem aui, quando filius aliter quàm per mortẽ desinit esse suus inuita: quia antè Scæuolam absq; dubio erat capacitas in isto nepote. Que opinio absque dubio procedit iuxtà opinionem nostram, quòd esset capacitas & testamenti factio cum nondùm natis etiam antè Gallum & anté legem uelle iam, & quòd prouisiones pertinebant ad sustinendum institutionem horum nepotum factam sub conditione mortis filii, mediante interpretatione, quòd illa conditio de morte filii fuisset adiecta ad limitandum institutionem ad casum suitatis .d. nepotis & necessitatis, quando posset is nepos, uti præteritus rumpere testamentum. Et iuxtà eandem opinionem esset etiam concludendum, ꝙ nec etiam suppletio & decisio Scæuolæ posset pertinere ad inducendum, quòd posit concipi institutio huius nepotis nondùm nati & nascituri post mortem aui sub conditione. Si filius fuerit emancipatus, uel si per deportationem contingat illum desinere esse suum hæredem. quoniam cùm antè Gallum esset testamẽti factio cum isto nepote (quàm uis nondùm nato) & eius institutio nõ uitiabatur alia ratione, nisi quatenus includebat conditionem de morte alterius, uidelicet, filii testatoris, & Gallus induxit, quòd nõ obstante dicta conditione de morte filii, procedat eius institutio in casu, de quo per eum, sumpta interpretatione, quòd dicta conditio de morte filii sit adiecta ad limitandum institutionem ad casum suitatis nepotis (ut dictum fuit suprà;) sequitur, quòd dicẽdum est, uel ꝙ antè Gallum nõ esset prohibita institutio nepotis nondùm nati sub conditione. si filius per emancipationem, uel deportationem desinit esse suus hæres. (licet esset prohibita sub illa conditione. si decesserit filius.) uel quòd si esset etiam prohibita institutio sub.d. conditione, quemadmodũ sub conditione mortis, per Gallum inductum sit, quòd procedat institutio sub dictis conditionibus, sicuti sub conditione mortis in casu de quo ipse disposuit: ex quo conditio mortis naturalis uidetur magis apta ad uitiandum institutionem de isto nepote, quàm conditio de morte ciuili, uidelicet deportationis, uel emancipationis filii, (ut patet). Quinimò dici potest, quòd Gallus ea ratione solùm prouidit circà institutionem factam sub d. conditione de morte filii ut illã sustineret mediante .d. sua interpretatione; quia illa solùm ad eius ualiditatẽ indigebat dicta prouisione & interpretatione: nõ aũt illa institutio, que foret concepta sub cõditione deportationis, uel emancipationis filii tantummodo. 4 Et stante prædicta conclusione, que iudicio meo est indubitata, ꝙ antè Scæuolam potuisset concipi ista institutio in casu, quo filius desineret esse suus propter deportationem, uel emancipationem; stat difficultas quomodo decisio Scæuolæ post pertinere ad supplendum sentẽtiam Galli in dictis casibus, si non pertinet ad inducendum de nouo, quòd in dictis casibus possit concipi institutio. Nàm posito, quòd ista sua decisio contineat tantummodo, quòd institutioconcepta in casum mortis filii porrigatur ad istos alios casus, per quos filius desinat esse suus hæres, ista decisio non pertineret ad supplendum sententiam Galli in istis casibus: sed potiùs pertineret ad supplendum testatoris dispositionem, que erat limitata ad casum mortis, non autem ad sententiam Galli, que licet non loquatur nisi de casu mortis filii; non tamen ad illum casum fuerat limita 5 ta. Pro resolutione dico esse aduertendum ad id, quod dictum fuit suprà in §. quidam re ctè. quòd sententia Galli consistebat in duobus. Primò in eo, quòd procedat institutio filii sub forma tradita per eum, quàmuis includeret conditionem de morte filii mediante interpretatione, de qua suprà dictum fuit. Et quantum ad hoc sua sententia non indigebat, ut suppleretur in dictis casibus: quoniam in quibuscunque aliis casibus, per quos filius desineret esse suus, absque dubio institutio .d. nepotis utiliter potuisset concipi. Secundò consistebat in eo, quòd ad faciendum istam institutionem limitatam ad casum suitatis .d. nepotis, esset necessaria conditio de morte filii & formula institutionis per illum tradita, quasi quòd mors filii esset præcisè necessaria ad effectum, ut nepos posset nasci suus post mortem aui; Et in hoc, eius sententia & formula indigebat suppletione: quia cũ pluribus aliis casibus, quàm per mortem, filius desinebat esse suus, & nepos poterat nasci suus post mortem aui, sententia Galli erat supplenda in dictis casibus: ex quo mors filii nõ est præcisè necessaria ad effectum prædictũ, cùm per alios modos posset induci; & similiter eius formula erat supplenda ad hoc, ut esset generalis ad quoscunque casus, per quos filius desineret esse suus, & nepos nasceretur

suus

6 ſuus poſt mortem aui. Ex quibus apparet, quòd uerus intellectus tex. noſtri eſt, ut intelligamus deciſionem Scæuolæ pertinere ad declarandum, quòd Galli formula non eſt generalis ad omnes caſus, per quos nepos poteſt naſci ſuus hæres poſt mortem aui, & quòd ideò uenit ſupplenda; & ſimiliter, quòd licet eſſet cõcepta inſtitutio in caſu mortis tantummodo, quòd tamen porrigeretur ad quoſcunque alios caſus; (quod etiam eſt de mente aliorum doctorum.)

7 Secunda eſt dubitatio, qualiter ex litera tex. colligatur prædictus intellectus. Pro cuius reſolutione & ad facilioré intelligentiam literæ tex. noſtri, ſic forma caſum. Quia Gallus ad denotandum inſtitutionem huius nepotis naſcituri poſt mortem aui, fuiſſe factã in caſum ſuitatis, tradit formulam, per quam concipiebatur inſtitutio ſolummodo in mortis filii caſum, quæſitum fuit, (poſito quòd teſtator inſtituat iſtum nepotem iuxtá formulam traditam per Gallum) an inſtitutio procederet in caſu, quo per alios modos filius deſineret eſſe ſuus in uita patris, & nepos naſcatur ſuus poſt mortem aui? exemplificat tex. quando filius pateretur interdictioné aquæ & ignis,

8 uel eſſet emancipatus. Ad quæſtionem propoſitam reſpondendo Scæuola priús dicit, quòd iſti caſus & omnes alii, per quos quis naſcitur ſuus poſt mortem aui, nõ pertinent ad legem Velleiam. In quibus uerbis præſupponit duo. Primum, quòd licet in inſtitutione nepotis nondúm nati & qui naſcetur in uita aui exprimeretur ſolummodo caſus mortis filii: attamen inſtitutio porrigeretur ad quoſcunque alios caſus, per quos iſte nepos naſceretur ſuus in uita aui: quia pertinerent hoc caſu ad l. Velleiã. Et ratio eſt, quia cúm formula legis Velleiæ ſit generalis ad omnes dictos caſus: idcircò ſi in inſtitutione exprimatur unus caſus ad denotãdum, quòd inſtitutio eſt facta in caſu ſuitatis & ad illum caſum limitata, porrigitur ad omnes alios caſus comprehenſos ſub. d. formula. Aliud eſt, quòd ex quo formula legis Velleiæ non pertinet ad hos caſus, per quos quis efficitur ſuus poſt mortem aui, quòd ideò inſtitutio, uigore legis Velleiæ nõ porrigatur ad iſtos alios caſus, de quibus in tex. Nàm quia tex. in his uerbis uoluit denotare, quòd ſi formula legis Velleiæ ad hos caſus pertineret, quòd nõ procederet dubitatio, de qua in text. & ſic, quòd abſque dubio inſtitutio ad dictos caſus porrigeretur: manifeſtè uidetur iſta duo præſupponere. Et ex prædictis colligitur ratio dubitandi, quare uideatur dicendum, quòd inſtitutio in caſu præſentis quæſtionis non porrigatur ad iſtos alios caſus: Nám cùm non poſſit porrigi uigore formulæ legis Velleiæ, que non pertinet ad hos caſus, per quos quis efficitur ſuus per mortem aui, non etiam per formulam Galli: quoniam in illa formula iſti caſus non ſunt comprehenſi. Igitur &c.

9 Deindè ponit ſuam deciſionem in his uerbis. SED EX SENTENTIA LEGIS VELLEIÆ HAEC OMNIA ADMITTENDA SVNT, VT AD SIMILITVDINEM MORTIS CÆTERI CASVS ADMITTENDI SINT. que deciſio continet duas partes. Prima eſt, quòd ex ſententia legis Velleiæ & hæc omnia ſunt admittenda, ideſt, hii omnes caſus, per quos ſuus hæres poſt mortem aui naſcitur, ſunt admittendi. Alia eſt, quòd ad ſimilitudinem mortis cæteri caſus ſint admittendi. Non enim poſſumus dicere, quòd idem decidatur in utraque parte, ut in fine ponatur repetitio eius, quod ſtatim antea dictum fuerat; quia talis repetitio eſſet ſine cauſa & fruſtatoria: & quia tex. dùm loquitur in hac ſecunda parte per hæc uerba. VT AD SIMILITVDINEM MORTIS ETC. in illa dictione. VT. denotat, quòd iſta ſequens deciſio procedat à prima, & quòd prior deciſio fieri debet, ad effectum ut ſequatur iſta ſecunda. Senſus igitur primæ deciſionis eſt, ꝙ in formula inſtitutionis horum, qui naſcuntur ſui poſt mortem aui, debent etiam admittit prædicti omnes caſus, ut ſic ſit generalis ad omnes caſus, ex quibus ſuus hæres poſt mortem aui naſcitur; & in hoc ſuppletur formula & ſententia Galli in prædictis aliis caſibus (ut dicit idem Scæuola in §. nunc de lege. & ſuprà fuit declaratum). Et hanc ſuppletionẽ facit ex ſententia legis Velleiæ; quia ea ratione, qua lex Velleia in his qui naſcuntur, uel efficiuntur ſui in uita aui, poſuit formulam generalem ad quoſcunque caſus, ex quibus quis naſcitur, uel efficitur ſuus in uita aui; ita etiam determinat Scæuola, eſſe ponendã circá prouiſionem Galli formulam generalem ad quoſcunque caſus, ex quibus ſuus hæres poſt mortem aui naſcitur. Senſus autem ſecundæ deciſionis eſt, quòd poſita, ſeu admiſſa huiuſmodi formula generali ad quoſcunque caſus, ſequitur hic effectus, ꝙ licet poſtea teſtator

stator concipiat institutionem huius nepotis, tantummodo in mortis filii casum, quòd tamen porrigetur ad cæteros casus, per quos filius desinit esse suus, & nepos nascitur suus post mortem aui: nám erunt admittendi in institutione ad similitudinẽ mortis. Hic est uerus sensus & intellectus text. nostri, iuxtà quem litera tex. nostri de plano procedit absque ulla impropriatione; & colligitur, quòd decisio Scæuolæ pertinet ad supplendum formulam Galli in prædictis aliis casibus, & etiã ad declarandum, quód institutio de isto nepote nascituro post mortem aui, concepta in casu mortis filii, porrigatur ad quoscunque alios casus, per quos iste nepos nascitur suus post mortem aui. Colligitur etiam, ꝙ Scæuolá præsupposuit, quód ista suppletio formulæ fuit necessaria ad. d. effectum, ut dicta institutio concepta solùm in mortis filii casum, possit porrigi ad alios casus, & ꝙ non porrigeretur si non esset admissa, uel posita supletio dictæ formulæ. Et ratio prædictorum colligitur ex tex. nostro in illis uerbis. AD SIMILITVDINEM MORTIS. quæ uerba innuunt, quòd ubi sit admissa, uel posita formula generalis ad quoscunque casus predictos, aparet, quód lex uoluit inducere similitudinem & æquiparationem inter ipsos omnes casus, comprehensos in ipsa formula: & ideó propter dictam similitudinem inter casus mortis & alios casus, institutio porrigitur ad alios casus; sed ubi non esset formula generalis ad quoscunque dictos casus, sed solùm limitata ad casum mortis, (prout erat formula posita per Gallum): non diceremus, quód lex uoluerit inducere similitudinem inter istos casus, sed potiùs, quód præsupponat esse dissimilitudinem: & ideó institutio concepta in casu mortis non ita posset porrigi ad dictos alios casus.

10 Quantum aũt ad tex. nostrũ in uersi. Quid erit si nepos, ex quo pronepos institueretur (ut ostendimus) emãcipatus esset. Licet loquatur de institutione pronepotis facta sub cõditione. si nepos decesserit uiuo auo. id tamẽ fecit, ut ostendat hanc suam quæstionem & decisionem pertinere non solùm ad institutionem nepotis factam sub conditione. si filius moriatur uiuo Patre. sed etiam ad institutionem pronepotis factam sub conditione. si nepos etc. de qua dixerat in §. præcedenti (ut ẽt intelligunt glo. & alii doct. hic) non autem quia uoluerit hanc suam quæstionem & decisionem limitare ad institutionem pronepotis tantummodo, de qua dixerat in §. precedenti (ut aliqui uoluerunt dicere): quoniã negari non potest; quin loquatur de institutione nepotis sub conditione. si filius moriatur etc. quod colligitur nõ solũ in primis uerbis, dúm dicitur ET QVID SI TANTVM IN MORTIS FILII CASVM CONCIPERET. Sed etiam ex uers. Hii enim casus. dùm dicit. EX QVIBVS SVVS HÆRES POST MORTEM, SCILICET, AVI NASCERETVR. quæ uerba non possunt uerificari nisi in institutione nepotis sub conditione. si filius etc. ex quo in institutione pronepotis diceretur post mortem proaui suus nasceretur.

11 Dùm autem Aret. notat ex hoc tex. quód dispositio legis nouæ facta cõtrá dispositionem iuris antiqui in una persona, non extenditur ad aliam, quámuis in illa sit eadem ratio. pro quo facit tex. in l. si unus §. anté omnia. ff. de pactis: attentò, ꝙ dispositio legis Velleiæ, que facta fuit contrá uel præter dispositionem iuris antiqui (ut dicetur in §. nũc de lege), que loquitur in nepote, qui nascitur suus antè mortem aui, non pertinet ad illum nepotem, qui nascitur suus post mortem aui; est aduertendum, quód licet dispositio. l. Velleiæ extenderetur ad nepotem, qui nascitur post mortem aui: non ideò tamen diceretur extendi ad aliam personam, sed solummodo ad alium casum: Nám loquitur de nepote, qui nascitur post mortem filii, & ex ipso post eius mortẽ non potest esse nisi unicus partus, siue cõtingat in uita aui, siue post mortem: & consequenter eadem persona nepotis quocunque tempore nascatur: & ideó dico, quód tex. iste noster probat, quód formula legis posita in uno casu, non pertinet ad alium casum; prout hæc formula legis Velleiæ in casu, quo hic nepos nascitur suus in uita aui, non pertinet ad casum quando is nepos nascitur suus post mortem aui; stante tamen eadem ratione, tex. uult, quòd per interpretationem possit induci consimilis formula in alio casu, prout hic inducitur per Scæuolam formula generalis in casu, quo nascitur suus post mortem aui. Quinimó uult tex. quód sicut in casu, quo nepos nascitur in uita aui, institutio concepta in casu mortis porrigitur ad quoscunque alios casus, per quos filius desineret esse suus propter formulam legis Velleiæ generalem ad dictos omnes casus; quód ideó, ad

effectum,

effectum, ut similiter in casu quo nascetur suus post mortem aui, possit institutio concepta in casu mortis, extendi ad quoscunque alios casus, per quos hic nepos nasceretur suus post mortem aui, deciditur, quòd debeat poni eadem formula generalis ad quoscunq; prædictos casus de institutione nepotis nasci
12 turi post mortem aui. Et sic dico, quòd tex. noster optimè probat illud aliud notabile collectum ex tex. per Aret. & Soci. uidelicet, quòd ubi ex una ratione in aliqua materia fit extẽsio de casu ad casum à Legislatore, tunc ex eius mente, seu sententia in simili materia fiet extensio de eodem casu ad eundem casum, ubi militat eadem ratio: nám sicut casus mortis & alii casus, per quos filius desinit esse suus, sunt æquiparati in formula legis Velleiæ in institutione nepotis, qui nascitur suus in uita aui; ita ut de uno casu institutio possit extendi ad alium: eodem modo debuerunt æquiparari in formula instituendi nepotem nasciturum post mortem aui, ut fiat consimilis extensio de uno casu ad alium casum. Pro quo etiam optimè facit tex. in §. colligentes. in Auth. de non eligendo secundo nuben. quem hic allegat Soci. inducendo, ut per eũ.

13 Tertia est dubitatio, stante conclusione suprà facta in principio legis circá uerbum. INSTITVI. uidelicet, quo'd in hac institutione de nepote nascituro post mortem aui sub conditione. Si filius decederet uiuo patre. includatur substitutio Vulgaris quocunque casu contingat filium institutum non esse hæredem; qua ratione possit procedere dictum Scæuolæ, uidelicet, quo'd ad effectum, ut institutio de isto nepote cõcepta solùm in casum mortis filii, extendatur ad quoscunque alios casus, per quos filius desinat esse suus: debeat admitti & poni formula generalis, que comprehendat omnes casus prædictos (quia uidebatur sufficere formula uulgaris substitutionis. si filius hæres non erit. que est generalis ad quoscunque casus, per quos filius nollit uel non possit esse hæres. l. cùm proponas. C. de hæred. instit. l. si paterfamilias infra de hæred. instit.) Respondetur, quo'd formula illa. si filius hæres nõ erit. est quidem posita in uulgari substitutione facta in secundo gradu, & ideo' sufficit ad effectum, ut substitutio facta in uno casu porrigatur ad alium, (ut declaratum fuit in l. i. ff. de uulg:) Tamen non est posita in ista institutione nepotis nascituri post mortem, quatenus est & censetur institutio facta in primo gradu: & ideo' formula uulgaris non sufficit ad effectum, ut institutio ista (quatenus intelligitur facta in primo gradu) possit porrigi de nouo de uno casu ad alium, sed debuit poni ad istum effectum formula (ut suprà dictum fuit.) Et ad hoc faciunt ea, quæ dixi suprà in principio legis, & quæ etiam dicemus infrà in quinta dubitatione.

14 Quarta est dubitatio, an huiusmodi institutio concepta in casum mortis filii porrigatur ad casum, in quo filius efficeretur Monacus, & an etiam de iure hodierno haberet locum in casu emancipationis filii. Quò ad primum de Monaco, dubium non procederet, præsupposita illa opinione, quòd filius monacus per ingressum religionis, non desinat esse suus. Que opinio est uerissima: (ut declaraui in l. si filius qui patri infrá de uulga. Solùm potest procedere tenendo illam opinionem, q̃ per ingressum Monasterii nõ desinat eẽ suus; quam tenuit specul. in titu. de statu mona. q. LII. in qua licet specul. in titu. prealleg. cõcludat, quòd institutio porrigeretur ad istum casum, & uidetur etiam sequi Soci. & alii hic; quia licet dicant, quòd non porrigatur ad filium factum monacum ea ratione, quia non amittit ius sui hæredis; tamen uidentur præsupponere, quo'd si desineret esse suus propter ingressum religionis, q̃ institutio de casu mortis porrigeretur ad istũ casum. Pro quo uidetur facere textus noster in his uerbis. HII ENIM CASVS ET OMNES &c. quæ uerba denotant, quo'd extensio fiat non tantùm ad casus specificatos in text. sed ad quoscunque alios similes: Et quia formula legis Velleiæ est generalis ad quoscunque casus, per quos filius desinat esse suus hæres. Ego tamen concludo oppositum, quo'd institutio non porrigeretur ad istum casum. Et ad huius conclusionis comprobationem dico esse aduertendum, quòd ad effectum, ut institutio porrigatur ad aliquem casum, oportet quòd ex illo casu non tantùm filius desinat esse suus, sed etiam quòd nepos efficiatur suus. Ita sonant illa uerba, de quibus in tex. nostro, uidelicet. HII ENIM CASVS ET OMNES EX QVIBVS SVVS HÆRES NASCITVR POST MORTEM. &c. & similiter illa uerba, de quibus in formula legis Velleiæ. TVNC QVI MIHI HÆRES NASCETVR &c. d§. nunc de lege. ad fin. & §. uidendum: sed licet ingressus religionis efficiat, quòd filius monacus desi-

neret

neret esse suus: quia tamen adhuc illi monaco defertur per prius successio ex causa intestati, antequam deferatur nepoti. l. Deo nobis. C. de Episcopis. & clericis. nepos ex eo non posset consequi ius sui hæredis: quoniam (ut declaratum fuit in. l. si filius qui patri: infrá de uulg.) ad hoc ut quis possit dici suus hæres, non sufficit, quòd sit in potestate defuncti: Verúm etiam requiritur, quòd obtineat primum locum in dellatione hæreditatis ex causa intestati, & quòd per priùs ab intestato ex dispositione iuris sibi deferatur hæreditas.

15 Quantum autem ad filium emancipatum, quàmuis glo. hic concludat, quòd de iure etiã hodierno haberet locum in filio emancipato: attamen contraria opinio, quód non habeat locum in filio emancipato, (quam tenuit Bart. & communiter doct. hic;) iudicio meo est uera & indubitata: quia licet etiam de iure hodierno filius emancipatus desinat esse suus hæres, ex quo desiuit esse in potestate patris, sine qua patris potestate non potest esse in aliquo ius sui & necessarii hæredis. (ut declaratum fuit in. d. l. si filius qui patri:) quia tamẽ emancipatus retinet ius succedendi de iure ciuili in patris hæreditate, (quod priùs habebat antè emancipationem: quia sublata est differentia emancipationis & patriæ potestatis §. nullã uerò. de hæred. quæ ab intestato. & succedunt ad similitudinẽ suorũ. l. meminimus. C. de legit. hæred.) ideircò talis filius emancipatus erit impedimento, quominus nepos ex eo efficiatur suus; sicut est impedimento, né sibi per priùs deferatur successio & hæreditas patris ab intestato, sine quo non potest efici suus. (ut declaratum fuit in. d. l. si filius qui patri.) & propterea dico, quód licet institutio esset generaliter concepta ad formulam, de qua in lege Velleia, uidelicet. si filius meus suus hæres esse desierit, tunc qui mihi ex eo nascetur nepos suus hæres. non haberet locum in filio emancipato: quia licet per emancipationem illa conditio. si filius suus hæres esse desierit. uerificetur ẽt de iure hodierno: nõ tamen uerificatur alia conditio. ꝙ nepos nascatur suus hæres. & propterea institutio

16 non haberet locum. Ex quo infertur, ꝙ uera & indubitata est illa conclusio communis Barth. & aliorum, uidelicet, quòd de iure hodierno non procedat dispositio tituli de coniung. cum emancip. filio lib. eius: nàm quia dispositio illius tituli procedebat illa ratione, quia nepos ex filio emãcipato erat suus hæres auo: attentó, quòd erat in potestate & sibi per prius de iure ciuili deferebatur successio (quia filius emancipatus de iure ciuili illũ non impediebat); Et cúm dicta ratio sit sublata de iure hodierno (quia dúm filius emancipatum impedit, quód de iure ciuili non deferatur successio patris nepoti ex eo; impedit etiam, quód non posit effici suus) igitur etiá erit sublata dispositio illius tituli; quia correcta ratione legis, dicitur correcta lex. Bart. in l. i. ff. de leg. tut. bald. in l. i. ff. solu. matrimo. & est communis opinio. Vt per Alexan. in l. quod dicitur. col. xii. ff. de uerb. oblig.

17 Quinta est dubitatio, an in casu emancipationis filii in terminis text. nostri iste nepos censeri debeat institutus insolidúm, ita quòd in casu emancipationis extinguatur institutio filii, & filius excludatur omninó, nè uti institutus possit admitti ad patris successionem; an uerò debeamus intelligere, quód in casu prædicto permaneat nepos uti institutus cohæres filii. Communiter doct. (ut attestatur. Alexan. Soci. Iaso. & alii) concludunt, quód deficiat omninò institutio filii & nepos intel-

18 ligatur institutus insolidúm. Pro quo ponderant tex. nostrum, dùm æquiparat casum mortis, & casum deportationis, & emancipationis: Vndè sicut in casu mortis & deportationis deficit omninò institutio filii, & nepos insolidúm admittitur: ita etiam in casu emancipationis. argumẽto. l. iám hoc iure. ff. de uulg. Sed istud primum fundamentum parum facit; quia in tex. nostro isti casus æquiparantur solúm quò ad id, ut in quocunque casu procedat institutio de ipso nepote: sed non æquiparantur quò ad extinguendum institutionem filii & ad eius exclusionem. Patet. quia in casu mortis, seu deportationis filii, eius institutio nõ deficit propter dispositionem testatoris, sed propter dispositionem legis: attenta incapacitate filii instituti mortui, uel deportati; & tamen in casu emancipationis institutio de illo facta non posset extingui propter incapacitatem ipsius, sed solúm propter dispositionem testantis, in quantum uideretur illum instituisse sub cõditione. si per

19 manserit suus. Adducunt secundó, quia sicut institutio, seu substitutio huius nepotis, fuit facta in suitate, hoc est, limitata ad casum suitatis. d. nepotis; ita etiam institutio de ipso filio debet censeri facta in suitate & limitata ad casum suitatis, & sic sub conditione. si dictus filius permanserit suus hæres: & conse-

quenter

quenter in defectũ. d. conditionis, dum emancipatur debet in totum deficere sua institutio; sed istud fundamentum non procedit: quia falsum est, quod ex eo, quia institutio, seu substitutio de ipso nepote fuerit limitata ad casum suitatis, inferatur, quod institutio de ipso filio, (que fuit simpliciter & absolutè facta) intelligi debeat facta limitatè ad casum suitatis. d. filii & sub illa conditione. si permanserit suus. quia plurimum interest inter institutionem de ipso nepote nondum nato, & institutionem de ipso filio, non solum tenendo præsuppositum doct. (quod hic nepos quia nondum erat natus, & non erat suus tempore testamenti, non potuisset institui in alium casum, quàm in casu, quo efficeretur suus hæres, & limitando institutionem de illo factam ad casum suitatis; Que ratio omninò cessat in institutione filii; quia poterat simpliciter & absolutè institui, siue permansisset suus, siue desiisset esse suus.) Verum plurimum interest ẽt tenendo opinionem & præsuppositum nostrũ, uidelicet, quod hic nepos potuisset simpliciter & absolutè institui, dummodo non apponeretur conditio de morte filii, & quod non esset necesse limitare institutionem de illo factam ad casum suitatis, præterquam quãdo institutio sua includebat conditionem de morte filii: nam etiam iuxtà istud præsuppositum in pluribus differunt ad inuicem institutio filii, & institutio nepotis. Et primò, quia licet institutio nepotis sit limitata ad casum, in quo ipse efficiatur suus; non ideò tamen potest euenire casus, quod propter id, is nepos ueluti præteritus, quãdo non esset suus, posset contratabulare testamentum aui de iure prætorio; Quod non contingit in institutione filii: quia limitando illam ad casum, in quo permanserit suus, incidimus in periculũ, ut in casu, in quo desinat esse suus per emancipationem, contratabulet testamentum de iure prætorio. per tot. tit. infrà de bon. poss. contratab. Secũdò differunt in eo, quia institutio. seu substitutio nepotis, potest dici limitata ad casum suitatis duplici de causa. Primò nè substitutio de nepote tolleret suitatem filii, prout tolleret si censeretur facta generaliter in quocunque casu filius desineret esse hæres, & sic etiam in casu uoluntatis: iuxtà. l. si filius hæres infrà eod. & concludunt Bart. & alii omnes. in. l. i. in quarto effectu. infrà de uulg. & declaratum fuit in. l. si filius qui patri. infrà de uulg & ob illam causam, quia testator non intendebat dare illum nepotem cohæredem filio suo, nisi in casu necessitatis, quando ille nepos uti præteritus, posset rumpere testamentum; Que rationes non possunt militare in institutione de ipso filio (ut patet.) Igitur absonum uidetur uelle inferre de institutione, seu substitutione huius nepotis ad institutionem ipsius filii. Præterea quemadmodum si post institutionem factam simpliciter & sine conditione subiiciatur substitutio facta sub conditione, non ideò intelligitur institutio facta sub contraria conditione. l. si te solum. infrà titu. i. l. f. §. i. uers. cõtrà si purè. infrà de uulg. ita etiam ex eo, quia post institutione filii factam simpliciter & sine ulla conditione, sit subiecta substitutio sub conditione. si ipse filius desierit esse suus. non debet institutio filii censeri facta sub conditione contraria, uide licet, si per manserit suus. Adducunt tertiò, quia si in casu prædicto emancipationis filii admittendus est nepos (ut uult tex. noster,) igitur non est admittendus, sed excludendus filius: quia non potest admitti substitutus, si institutus admittititur. l. quãdiu. infrà de acqui. hæred. l. post aditam. C. de impub. Ad istud (ultrà solutionem Paul. de Castr. qui dicebat, quod in casu isto propter repugnantiã simul debent admitti filius institutus & nepos substitutus, quemadmodum institutus & substitutus simul admittuntur propter repugnantiam in casu. l. si paterfamilias. infrà de hæred. institu. & repugnantia consistit in hoc; quia si admittemus filium emancipatum institutũ insolidum, nepos factus suus uti præteritus dicit testamentum nullum: Si uerò admittimus nepotem substitutum insolidum, filius emancipatus tanquam non institutus, sed præteritus rumpet testamentum de iure prætorio per contratab.) Vltrà hanc solutionem possumus dicere, quod obiectum non procedit in casu nostro: ex quo institutio huius nepotis non tantùm censetur substitutio facta in secũdo gradu, sed etiam censetur institutio facta in primo. (ut dictum fuit suprà in principio legis.) Nam censetur facta in quocunque casu, in quo is nepos propter suitatem debuisset institui, ne uti præteritus rumpat testamentum, igitur in primo gradu; quia si solum institutus in secundo gradu, hoc non sufficeret: quia hoc non obstante, uti præteritus à primo, posset rumpere testamentum. l. iii §. f. suprà eod. l. nam & si sub conditione §. i. infrà titu. i. & dictum fuit post Barth. & alios in. l. i.

in secundo effectu uulgaris. infrá de uulg. Et hoc præsupponitur in hac lege, in qua dicitur. Nepotem institutum & uocatum in institutione. nunquam autem dicit. Substitutum, aut uocatum ex substitutione. & quód substitutio de ipso nepote in secundo gradu non sufficeret ad effectum, né is nepos posset rumpere testamentum tanquam præteritus á primo gradu, præsupponit aperté secundum caput legis Velleiæ; dúm in eo casu non permittit institui, sed uetat rumpi: nám (ut infrá dicemus in §. etiam si parente. & in §. ille casus.) præsupponitur, quód in casu d. secundi capitis, nepos licet non succedat uti institutus in primo gradu: attamen succedit ex testamento uti substitutus in secundo; & præsupponitur, quód hoc nõ obstante rumperet testamẽtum, nisi in illo casu per legem Velleiã prohiberetur: & ideó licet iste nepos uigore institutionis factæ in secundo gradu, nõ posset admitti, si filius institutus admittatur, (ut dicitur in contrario): attamen in quantum censetur institutus etiam in primo gradu, nihil impedit, quin uti institutus in primo gradu una cũ filio, possit succedere & admitti; Et isto etiam modo tollitur aliud fundamentum, quod adducitur pro ista opinione communi, uidelicet, ꝙ nepos non potest admitti uti cohæres filii. l. uerbis ciuilibus. infrá de uulg. ꝙ ideó si admittitur nepos, in necessariã consequentiam deficit institutio filii & filius in totum excluditur: Quia respondetur negãdo, quód iste nepos nõ possit admitti uti cohæres filii instituti, in quantũ & ipse censetur institutus in primo gradu. Nec tex. in. d. l. uerbis ciuilibus. obstat: nám loquitur quando cederet ad incommodum filii instituti, si admitteretur ille uocatus post eius mortẽ uti eius cohæres: quia per hoc fieret, ꝙ ipse filius non haberet totum, prout testator uoluit; sed nõ loquitur in casu, quo cedit ad commodũ filii instituti, ꝙ uocatus post eius mortẽ admittatur ueluti cohæres, prout in casu nostro: nám quòd nepos in casu emancipationis filii admittatur uti eius cohæres, & ipse filius in totum non excludatur, pertinet ad commodum filii instituti, non ad eius præiudicium; igitur &c.

21 Postremó adducitur tex. in. l. cúm in testamẽto. in principio. infrá de hæred. instit. in quantum tex. dicit, ꝙ sunt duo gradus, quãdo testator dixit. Si filius me uiuo moriatur, tunc nepos, qui mihi ex eo nascetur post mortem meam, hæres esto. & ꝙ nullo casu uterq; ad hæreditatem admittatur: undé uidetur tex. apertus, ꝙ nec etiam in casu isto (ubi contingit sola emancipatio filii, in qua admittitur nepos) uterq; admittatur ad hæreditatẽ; quia dicit, quód nullo casu uterque admittitur, & consequenter, quód filius nõ admittatur. Ad illum tex. post positis, quæ dicant alii, respondetur, quód loquitur & procedit in casu, quo ille nepos non efficiatur suus hæres; quia in casu isto eius institutio censetur facta in secundo gradu, & hoc casu uterque non potest admitti ad hæreditatem: sed non procedit, nec loquitur in casu, quo dictus nepos efficeretur suus hæres auo; quia hoc casu non posset dici institutus in secundo gradu; sed solúm in primo. (ut suprá dictum fuit.) Nec ista solutio & intellectus ad illũ t ex. potest dici diuinatiuus; quia (ultrà quód uerba tex. ostendunt, quód loquitur in casu, quando filius superuixit patri & extitit eius hæres) est etiam necessarius: quoniam in casu, quo is nepos est suus hæres, si non censetur institutus in primo gradu: quia primus gradus á quo est præteritus esset nullus; testamentum diceretur incipere á secundo gradu. iuxtá. l. iii §. i. suprá eod. & propterea non possunt tali casu dici duo gradus, sed unus tantúm; Vel si uellemus dicere, ꝙ ad huc sint duo gradus: (attentó, quód primus á principio ualuit, & secundus habuit dependẽtiam á primo;) necesse haberemus dicere, ꝙ totum testamentum rumperetur: quia talis nepos rumpendo primum gradum á quo est præteritus, rumperet etiam secundum gradum & totum testamentum: quia testamentum habuit initium á primo gradu. (ut suprá dictum fuit.) Et aduertendum est, quia ex lege nostra iuncta. d. l. cúm in testamento. in principio. probatur id, quod suprá dixi, uidelicet, quód institutio huius nepotis in casu Galli habet intellectũ institutionis in primo gradu, & etiam substitutionis in secundo gradu: nám quatenus in tota ista lege dicitur, quód est institutus; ita quód licet efficiatur suus, nõ possit uti præteritus rumpere testamentum: præsupponit, quód intelligatur institutus in primo gradu; quia aliter eius institutio non sufficeret ad impediendum, né rumperet testamentum. Quatenus uerò in. d. l. cúm instamento. dicitur, quód est institutus in secundo gradu; præsupponit, quód eius institutio habeat intellectum substitutionis etiam in casu, quo is nepos non efficiatur suus: ex quo quando esset suus oporteret dicere, ꝙ sit institutus

22 tutus in primo. Ex prædictis sequitur esse concludendum, ꝙ in casu emancipationis filii: (quia per emancipationem filii non deficit sua institutio & nepos dicitur & ipse institutus in primo gradu, quia est effectus suus hæres auo,) ꝙ ideo utriq; tanquam instituti in primo gradu admittantur ueluti cohæredes. Quam opinionem tenuerunt etiam Paul. de Castr. in l. si filius qui in potestate, suprà eod. & Raph. com. hic. Pro qua etiam (ultrà prædicta) facit, quia uidetur absonum dicere, quòd propter emancipationem filii deficiat eius institutio: attentò quòd propter emancipationem nepotis, qui est institutus post mortem filii, non extinguitur eius institutio. ut dicit tex. in §. f. infrà ead. lege. Sicut etiam non extinguitur institutio serui, qui est necessarius ex eo, quòd testator post testamentum, ipsum manumittat §. seruus. insti. de hæred. institu. Nec solutio doct. (quòd prædicta procedant ex eo, quia post nepotem & seruum, non est aliqua substitutio facta in suitate, quemadmodum reperitur facta post institutionem filii) potest procedere: quia si substitutio nepotis, quantumuis facta in suitate & de illo uti suo hærede, non extinguitur propter eius emancipationem; quantò minus debet extingui institutio filii, quæ fuit simpliciter facta & non limitata ad casum, in quo permanserit suus: Ratio autem considerata propter institutionem nepotis factam in casu, quo efficiatur suus, pertinet quidem ad faciẽdum, quòd nepos admittatur: sed non ad id, ꝙ propterea pœnitus & omninò extinguatur institutio de ipso filio, & filius omninò excludatur. Fac. et etiam, quia si diceremus in casu. d. emancipationis filii, extingui in totum institutionẽ de illo factam, filius quia reperiret se præteritũ de iure prætorio, rumperet testamentum per contratab. Et ideò non est præsumendum, ꝙ in casu prædicto testator uoluerit, quòd deficiat institutio filii, cùm habeat necesse illum instituere etiam in casu isto, nè rumpat testamentum per contratab. Et si testator uoluit uti consilio Galli ad euitãdum, nè præteritione dicti nepotis testamentum rumpatur; quo modo potest dici, quòd uoluerit in casu emãcipationis filii deficere institutionem de dicto filio? cùm ob id incidit in illud periculũ ruptellæ testamenti saltem de iure prætorio, quod intendebat euitare. Accedit quia (ut dicunt etiam doct.) ista extensio Scæuolæ ad casum emancipationis filii, ut institutio de nepote facta in casu mortis filii porrigatur ad casum emancipationis, esset superflua, si in casu isto præsupponeremus, quòd institutio filii ex toto deficiat & ex toto excludatur; quia licet uoluerit extendi ad casum emancipationis ad hoc, nè propter præteritionem nepotis testamentum rumpatur: attamen non possumus consequi intentum; ex quo propter præteritionem filii testamentum ẽt rumperetur saltem per bonorum posses. contratabu. Et si diceres, prout dicebant doct. quòd saltem consequeremur intentum ubi filius non agnosceret contratab. bonor. poss. infrà annum: ex quo tunc per lapsum anni excluderetur, & testamentum firmum permaneret. l. i §. largius. infrà de success. ædict. l. emancipata. C. qui admit. l. ii §. i. infrà de secund. tabul. Respondetur, quòd per hoc non euitamus, quin ista prouisio Scæuolæ (tenendo, ꝙ in casu emancipationis filii, nepos insolidum, excluso filio, succederet) esset admodum imperfecta & insufficiens ad hoc, ut possimus consequi intentum: quoniam illum non consequeremur, nisi eueniente casu, quòd filius nolet agnoscere contratab. bonor. possess. Vt igitur dicamus, quòd uoluerit sufficienter prouidere, ut in casu emancipationis permaneat institutio de ipso nepote, & nullum subsit periculum ruptellæ testamẽti propter præteritionem, oportet fateri, quòd Scæuola in casu prædicto noluerit extinguere institutionem filii emancipati: sed uoluerit, ꝙ & nepos & filius emancipatus, tanquam instituti in primo gradu, uterque uti cohæres succedat. Et omnia, quæ suprà dicta fuerunt clariùs apparebunt ex his, quæ dicemus in subsequentibus, maximè in §. ille casus.

Sexto tractandum esset, qũo procedat Regula, quam colligunt doct. ex. tex. nostro, uidelicet. quòd dispositio & substitutio facta in uno casu extendatur ad alium, & ꝙ possit conditio adimpleri per æquipolens, de quo tracta uimus in l. i. ff. de uulg. de quo etiam dicemus in quæstionibus.

Septimò ẽt tractãdum esset de illa quæstione, quã post glo. hic attingunt Bar. & cõiter alii, uidelicet. An decisio tex. nostri procederet eueniente casu, ꝙ filius post emancipationẽ adoptaretur, & post deportationẽ esset restitutus: sed hãc quæstionẽ (nè interrumpamus cõtextum interpretationis legis unã cũ aliis, quæ nõ pertinent ad legis interpretationem) reseruo pertractãdam infrà in quæstionibus.

Sequitur §. Quid si is.

1 *Decisio & suppletio Scæuolæ in isto § ad quid pertineat, iuxtà præsupposita Doct.*

2 *Decisio huius tex. non uersatur in eo, quòd testator possit instituere nepotem nasciturum uiuo auo, & filio existente apud hostes, iuxtà communem opinionem.*

3 *Verba illa.* ILLIS VIVIS. *quemadmodum exponantur secundum Doctores.*

4 *Præsupposita doct. & interpretatio literæ iuxtà communem doct. intellectum reprobantur.*

5 *Lex Velleya ad quos casus pertineat.*

6 *Nulla potuit esse probabilis ratio dubitandi circà decisionem huius tex. illum intelligendo secundum communem intellectum.*

7 *Ratio dubitandi iuxtà intellectum nouiter traditum.*

8 *Ratio decidendi uera redditur.*

9 *Quæ sit ratio, quare in casu huius tex. facilius sustineatur institutio nepotis post legem Velleyam, quàm antè prouisionem legis Velleye.*

10 *Institutio nepotis nondum nati facta sub conditione. si filius decederet uiuo patre, & nepos nasceretur post mortem aui; an ualeat posito casu, quòd filius uiuo patre caperetur ab hostibus, & apud hostes uiuo patre decederet, & nepos nasceretur uiuo patre apud hostes post mortem aui, uel in uita ipsius aui.*

11 *Et quid si filius fuisset captiuus tempore testamenti facti.*

12 *Decisio huius tex. an tendat ad reprehensionem Galli.*

13 *Intellectus illorum uerborum.* QVARE NON INDVXIT.

1 QVID SI IS. Prima dubitatio est, ad quid pertineat decisio, seu suppletio Scæuolæ, de qua in isto tex. Doct. communiter respõdent, quo'd pertinet ad inducendum, ut testator, qui habet filium apud hostes & nepotem nondum natum existentem in utero nurus, possit instituere dictum nepotẽ sub conditione. si filius decesserit apud hostes quámuis post mortẽ testatoris, & nepos nascatur post mortẽ aui uiuo filio; & de hoc nulla est dubitatio.

2 Sed an cõtineat, q̃ possit ipsum instituere sub conditione. si nepos nascatur uiuis utrisq;, uidelicet, uiuo filio & uiuo auo. doct. cõcludũt, q̃ non; quia hic casus pertinet ad legẽ Velleiam, que loquitur de nepote, qui nascitur uiuo auo: & tamen tex. noster apertè protestatur, q̃ casus, de quo loquitur, nõ pertinet ad le-

3 gẽ Velleiam; & propterea exponunt illa uerba de quibus in tex. uidelicet, VEL ETIAM ADHVC ILLIS VIVIS. in singulari, ut sensus sit; uel adhuc illo uiuo, subaudi filio.

4 Ego Teneo, q̃ decisio tex. cõtineat etiam istũ casum, quãdo in casu proposito nepos nascebatur uiuo auo & filio, qui extabat apud hostes: quia negari non põt, quin tex. in illis uerbis. VEL ETIAM ADHVC ILLIS VIVIS. intelligatur de utroque & auo & filio. Quinimo' sensus dictorum uerborũ est, q̃ institutio concipi possit non tantũ in hunc modum. Si filius meus ab hostibus non redierit, quámuis post mortẽ meã decederet, tunc qui mihi nepos post mortem meam nascetur, hæres esto. Sed quòd etiam possit concipi in illum modum. Tunc qui mihi nepos uiuis etiam nobis, uidelicet, auo & filio, nascetur, hæres esto. & uerba sic adaptantur. Tunc deindé nepos, qui post mortem, scilicet, aui nascetur, uel qui etiam illis uiuis nasceretur, possit institui, ut sic non rumperet testamentum.

5 Et ad obiectum, (q̃ iste casus, quando nepos nascitur uiuo auo, pertineret ad legem Velleiã non ad prouisionẽ Galli) respõdetur, q̃ duplici ratione non potest pertinere ad legem Velleiam, quamuis nascatur uiuo auo: quoniam lex Velleia non loquitur de nepote nõdùm nato tempore testamenti, & qui nascetur uiuo filio: nàm quatenus loquitur de nepote nondùm nato, loquitur de illo, qui nascetur post mortem filii: (ut in § nunc de lege) & quatenus in secundo capite loquitur de nepote nato uiuo filio, loquitur de illo, qui iám tempore testamenti erat natus (ut infrá § uidendum & § ille casus.) Præterea quámuis loquatur in nepote, qui nascitur in uita aui; tamen loquitur in casu, quo institutio nepotis purificatur in eius natiuitate, uel saltẽ in morte aui; quod nõ ẽ in præsenti casu: quia nec in natiuitate nepotis, nec in morte aui institutio nepotis purificatur, sed expectatur alia conditio, quòd filius apud hostes decedat antequã reuertatur, & nepos in uita aui nõ dicitur uerè factus suus, sed solũ post mortem patris apud hostes. Aliqui tamen etiam putant, quo'd decisio tex. nostri pertineat ad declarandum, quo'd licet institutio huius nepotis nondùm nati, sit concepta solummodo in casu mortis filii decedentis uiuo auo; quo'd tamen porrigatur ad hunc casum, quando filius captiuus moritur apud hostes post mortem testatoris, & nepos nascitur post captiuitatem filii antè eius mortem naturalem, ut sic conditio de morte filii porrigatur ad casum mortis fictæ, que contingit in captiui-

ptiuitate filii: ita glo. fin. Bald. Paul. Alexan. Iaſo. & plures alii hic, quorum opinio præſupponit, quód deciſio huius §. principaliter pertineat ad declarandum, quód inſtitutio huius nepotis poſsit concipi in caſu, de quo loquitur tex. quia niſi in dicto caſu poſſet concipi, nunquam inſtitutio de dicto nepote poſſet extendi ad iſtum caſum. Sed an opinio iſtorum ſit admittenda, ſtatim dicetur.

6 Secunda dubitatio eſt, que potuerit eſſe ratio dubitandi circá iſtam deciſionem. An iſte nepos potuerit inſtitui in caſu, quo filius decederet apud hoſtes antequam redierit, licet decedat poſt mortem patris & nepos naſcatur uiuo filio, uel etiam uiuo auo. Si nos admitteremus præſuppoſitũ doct. uidelicet, quód nulla alia ratione prohiberetur inſtitutio nondúm nati, niſi quia non foret ſuus hæres, ſed alienus; iſta deciſio non poſſet habere aliquam dubitationem: quia etiam antè Gallum iſte nepos (quámuis nondúm natus,) potuiſſet inſtitui: nám cúm filius captiuus nunquam redit ab hoſtibus. ſed ibi decedit; declaratur, quód uſque á principio deſiit eſſe ſuus; & non obſtat nepoti, quin' dicatur factus ſuus poſt captiuitatem filii, & quin omnia diſpoſita in teſtamento patris ſui procedant, prout procederent ſi ipſe tempore captiuitatis deſiiſſet eſſe in rerũ natura. l. ſi quis filio §. ſed etſi pater. infrá titu. i. l. penul. infrá cod. Vndè ſicut inſtitutio huius nepotis procederet, ſi filius non eſſet ampliùs in humanis; ita etiam ſi erat captiuus apud hoſtes,

7 quando nunquam rediit. Si uerò tenemus opinionem noſtram, quód inſtitutio Poſthumi, uel alterius nondúm nati prohiberetur ea ratione, quatenus contineret conditionem de morte alterius. puta. patris illius inſtituti; deciſio text. noſtri haberet probabilem rationem dubitandi, etiam poſt prouiſionẽ Galli & legis Velleiæ & Iuliani in illo caſu difficili, de quo in §. ille caſus: quia iſta inſtitutio de iſto nepote erat facta ſub conditione illa. ſi filius teſtatoris decederet apud hoſtes antequam reuerteretur. & in caſu iſto uidebantur ceſſare ille rationes, propter quas in caſu Galli, uel legis Velleiæ, uel Iuliani, ad ſuſtinendum inſtitutionem factam ſub dicta conditione de morte filii, ſumitur interpretatio, quód ſit adiecta ſolúm ad declarandũ, quód inſtitutio nepotis erat limitata ad caſum ſuitatis. Nám in prouiſione Galli dicta interpretatio ſumitur, quia duo concurrunt. uidelicet, quód inſtitutio non purificatur in morte filii (ex quo oportet expectare euentum alterius conditionis, uidelicet, quód nepos naſcatur poſt mortem aui.) Aliud, quód qualitas ſuitatis adſit in ipſo nepote inſtituto tempore, quo moritur teſtator; in quod tempus confertur inſtitutio. Quæ duo ceſſant in præſenti caſu: nám ſi nepos naſcitur uiuo adhuc filio apud hoſtes, ſequitur, quód in morte ipſius filii poſt natiuitatem nepotis purificatur inſtitutio de ipſo nepote, & ſic ceſſat prima ratio. Ceſſat etiam alia; quoniam non fuit obſeruatum, quód qualitas ſuitatis adſit in nepote tempore mortis aui teſtatoris: quoniam poſt natiuitatem potuit emancipari; & tamen eius inſtitutio procederet §. f. infrá ead. lege. Similiter in primo capite legis Velleiæ, dicta interpretatio procedit; quia etiam duo concurrunt. Primum eſt, quód in morte filii non purificatur inſtitutio de ipſo nepote: quoniam expectari debet euentus alterius conditionis, uidelicet, quód nepos naſcatur poſt mortem filii. Secundum, quód fuit obſeruatum, ut adeſſet in nepote qualitas ſuitatis tempore natiuitatis ſuæ (ut dicitur in §. nunc de lege.) Et iſta duo deficiunt in caſu noſtro. Nám Primum deficit (ut prædictum fuit.) Deficit etiam aliud; quia agitur de nepote, qui naſcitur uiuo patre, qui dúm naſcitur donec durat ſpes, quód pater poſsit ab hoſtibus reuerti, non poteſt dici uere ſuus hæres auo. l. nec nos. C. de cap. l. pen. infrá de ſuis & legit. Similiter in ſecundo capite legis Velleiæ, que loquitur in nepote iám nato tempore teſtamenti (ut dicitur in §. uidendum & in §. ille caſus. uerſi. nec poſteriori capite.) licet non ſit obſeruatum, quód qualitas ſuitatis adſit tempore natiuitatis ipſius nepotis, uel tempore mortis teſtatoris: attamen interpretatio procedit ea ratione: quia concurrunt duo. Primum, quód inſtituitur nepos natus. Secundum, quód efficitur ſuus poſt mortem filii; & conditio uerificatur in uita aui, quia filius moritur uiuo teſtatore. Quæ duo deficiunt in caſu huius deciſionis: quia in iſta non agitur de nepote nato, ſed de nondúm nato. Nec fuit obſeruatum, quód efficiatur ſuus poſt mortem filii; quia durante captiuitate filii, antè eius mortem nepos potuit emancipari ab auo: & inſtitutio non purificatur in morte aui, quando filius decedit poſt auum apud hoſtes.

His

8 His tamen non obstantibus tex. determinat, ꝙ etiã in isto casu admittenda sit illa interpretatio, per quã sustineatur ista institutio, non obstante dicta conditione mortis. Et ratio decidendi est; quia cũ mors naturalis ipsius filii captiui quocunq; tẽpore contingat, siue antè mortem, siue post mortem patris testatoris, siue anté, siue post natiuitatem nepotis; sit necessaria ad effectum, ꝙ illa sua captiuitas possit haberi pro morte, & ꝙ in. d. captiuitate filius desierit esse suus hæres, & nepos natus post natiuitatem dicatur nasci suus: (quia in morte naturali ipsius filii antequam ab hostibus reuertatur apparet, ꝙ non rediit, nec pót redire. l. lex. Cornelia. supra de testa. d. l. si quis filio exhæredato §. si pater. cum aliis cõcord.) Idcircò sequitur, ꝙ dicta conditio de morte naturali ipsius filii antequã reuertatur ab hostibus, quãuis sit expressa in casu, quo contingat post mortẽ patris naturalis, quia dicetur expressa tanquã necessaria ad effectum, ut illa captiuitas habeatur pro morte naturali, & ad hoc, ut illa captiuitas hẽat effectũ mortis naturalis; idcircò sumi debet interpretatio, ꝙ uideatur adiecta ad denotandum casum, in quo filius desinat esse suus, & nepos nascatur & efficiatur suus, & ad limitandum institutionẽ ad casum suitatis ipsius nepotis, prout sumitur in casu prouisionis Galli, & consequenter institutio procedit. Et ad obiectũ, quòd in casu isto nõ concurrant illa duo, quæ concurrunt in casu prouisionis Galli: Respondetur, ꝙ imò concurrunt: nam intelligendo, ꝙ conditio de morte filii intelligatur de eius captiuitate, ubi habeat effectum mortis naturalis; sequitur, quòd concurrat primum, uidelicet, quòd in morte filii, id est, in eius captiuitate nõ purificatur institutio de ipso nepote; quia adhuc post eius captiuitatem oportet expectare, quòd nepos nascatur. Concurrit etiam aliud, uidelicet, quia fuit obseruatũ, quòd qualitas suitatis adsit in ipso nepote tẽpore mortis ipsius aui; & istud non solùm in casu, quo expressè dictum sit de nepote nascituro post mortẽ aui: sed ẽt in casu, quo dictum esset de nepote nascituro in uita aui: nam semper necesse est, quòd sit suus & in potestate tempore, quo moritur pater: quia si fuisset emancipatus ab auo in uita, non posset fingi, ꝙ retro fuisset suus; quia tempore quo moritur filius apud hostes & sic in extremo á quo, propter impedimentum emancipationis non potuit effici uerè suus: idcircò impossibile esset fingere, quòd suitas ullo unquam tẽpore in eo fuerit inducta. Cessat enim fictio translatiua, quotiens est inhabilitas extremi á quo. ut per Bart. & alias in. l. si is qui pro emptore. ff. de usucap. Illud aũt, quod dicitur in §. f. procedit, quando nepos anté emancipationem uerè fuerat factus suus (ut ibi dicetur.) Et illud est, quod uoluit dicere tex. dùm dixit; Quòd melius est, quòd interpretatio admittatur: nã tex. uoluit intelligere de illa met interpretatione, quæ sumitur in prouisione Galli & legis Velleiæ ad sustinendum. d. institutionẽ, dùm interpretatur dictam conditionem de morte filii fuisse adiectam ad denotãdum casum, in quo filius desinat esse suus, & nepos nascatur suus: & ad limitandum dictam institutionem ad casum suitatis ipsius nepotis.

9 Tertia est dubitatio, quare in casu, de quo loquitur tex. faciliùs post legem Velleiam admittatur interpretatio ad sustinendũ institutionẽ huius nepotis, quàm antea (ut denotant illa uerba, de quibus in tex. uidelicet. PRÆSERTIM POST LEGEM VELLEIAM &c.) Si nos præsupponeremus, ꝙ Scæuola et alii Iureconsulti habuissent authoritatẽ legis condendæ inducẽdo aliquid per suã interpretationem, quod foret contrá, uel prærer mentem iuris antiqui; non minus antea quã post legem potuissent admittere istam interpretationẽ: quoniam dispositio. d. legis non pertinet ad augendam authoritatem in istis Iureconsultis; & propterea non posset procedere id, quòd præsupponit tex. in prædictis. Sed quia non habebant talem authoritatẽ, sed solùm condendi leges, interpretando aliquid iuxtá mentem iuris antiqui (ut dictum fuit suprá ead. lege. in principio: & præsupponitur in tex. nostro:) idcircò procedit prædicta dubitatio. Ad quam tamen patet clara resolutio ex his, quæ dicta fuerunt suprá in rationibus dubitãdi, quia tùm anté legem Velleiam per prouisionem Galli non fuerat recepta interpretatio prædicta ad sustinendum istam institutionem sub conditione mortis filii præterquàm in casu, quo fuisset obseruatũ, quòd in morte filii institutio non purificaretur, & quòd in morte testatoris uerè adesset qualitas suitatis in ipso nepote; Que duo (attenta ueritate) deficiunt in casu tex. nostri, ubi contingat filiũ post patrem mori apud hostes, quãuis nepos nascatur post mortem aui: quia nepos non efficitur uerè suus dùm nascitur, sed solùm fictè, & in morte filii purificatur institutio

stitutio nepotis: Sed quia per legem fuit inductum, q̃ ad sustinendam. d. institutionem admittatur prædicta interpretatio etiam in casu, quo non sit obseruatum, quòd adsit in nepote illa qualitas suitatis tempore mortis testatoris: quia in primo capite uoluit sufficere si sit obseruatum, quòd tempore natiuitatis ipsius nepotis adsit dicta qualitas (quámuis postea non adesset tempore mortis testatoris) & in secundo capite admisit dictam interpretationem saltem ad effectum, ut institutio sufficiat ad impediendum, nè nepos rumpat testamentum, etiam quòd institutio purificetur in morte filii: (ut dicetur in §. nunc de lege. & in §. ille casus.) ideò post. d. legem faciliùs ad sustinendum. d. institutionem admitti potest. d. interpretatio, (non obsistente quòd uerè in morte filii purificatur institutio, & nõ obstante, quòd nec in natiuitate nepotis, nec in morte aui uerè adsit illa qualitas suitatis in ipso nepote, sed solùm mediante dicta fictione, per quam illa captiuitas dicitur habere effectum mortis naturalis.)

Quarta est dubitatio. An institutio nepotis nondùm nati facta sub conditione. si filius decederet uiuo auo, & nepos nascetur post mortem aui. posset porrigi ad casum, in quo filius uiuo auo caperetur ab hostibus & apud hostes decederet post mortem patris, & nepos nasceretur uiuo patre suo post mortem aui, uel etiam in eius uita. Glo. fin. Bald. Paul. Alex. Iaso. & plures alii cõcludunt, quòd porrigeretur: & dicunt, q̃ istud deciditur in tex. nostro (ut suprà dictum fuit;) quàmuis tamen (ut suprà conclusum fuit) principalis decisio tex. non sit de hoc; an porrigatur ad istum casum: sed de eo, q̃ institutio nepotis potest cõcipi sub. d. conditione. si filius decederet apud hostes post mortem patris. Conclusio tamen est uera: quia postquam fuit receptum, q̃ possit institui sub dicta conditione, & quòd institutio huius nepotis utiliter procedat, quáuis concipiatur in casu, de quo in tex. sequitur, q̃ in illa formula generali, de qua per Scæuolã in §. sequenti. etiam contineatur iste casus, quãdo propter captiuitatem filii nepos nascitur & efficitur suus post mortem aui: & consequenter sequitur, quòd illa cõditio. si filius decesserit uiuo patre. cùm porrigatur ad quoscunque casus, per quos filius desinit esse suus uiuo patre (ut dictum fuit suprà in §. præcedẽti;) ita etiam porrigatur ad istum aliũ casum captiuitatis. Pro quo (ultrà ea, quæ dicta fuerunt in §. præcedenti.) facit etiam tex. in §. sequenti. legendo illum continuatiuè cum præsenti §. cum illa dictione. VT INSTITVENS. prout legebat Pill. ut dicit glo. in §. sequenti: nám tunc sensus esset, quòd admittendat sit in casu huius §. dicta interpretatio ad sustinendum institutionem ad effectum, ut instituens nepotem sub illa forma. qui mihi suus hæres post mortem nascetur. intelligatur institutus quocunque casu nepos post mortem natus suus esset, & sic etiam quòd propter captiuitatem filii, de quo in isto tex. Et ista conclusio iudicio meo non habet dubitationem in casu, quo captiuitas filii superueniret post testamentum antè mortem testatoris.

11 Solùm potest esse dubitatio casu, quo tempore testamenti filius esset captiuus. Et ratio dubitandi est, quia ista cõditio de morte filii debet intelligi de morte futura; prout est de natura conditionis. l. cùm ad præsens. ff. si cert. pet. & propterea uidetur, q̃ non põt intelligi de illa morte ficta, que euenit in filio propter captiuitatem: quia illa fuit de præterito, non autem est de futuro. & in hoc, casus huius §. uidetur differre á casu, de quo in § præcedenti: quia ibi illa mors ficta, ad quam porrigitur institutio, est de futuro, non autem de præsenti: Attamen etiam in casu isto concludendum est, quòd institutio porrigatur ad casum. d. captiuitatis. Et ad obiectum est clara solutio: quia licet captiuitas interuenerit antè testamẽtum; tamẽ non habetur pro morte ficta, nec habet effectum mortis, nisi postquam euenerit casus mortis naturalis illius filii, quãdo incipit esse certitudo, quòd non potest amplius ab hostibus redire. Et hac ratione dicta conditio dicetur etiam esse de futuro, quámuis ẽt intelligatur de morte ficta, que dicetur esse causata propter. d. captiuitatem. Et quámuis præsens institutio sit de nepote; qui nascitur post mortẽ aui; tamẽ istud exprimitur ad denotandũ nepotẽ, qui efficitur suus post mortem aui: idcircò nõ excluditur nepos, de quo in tex. nostro, quáuis nascatur in uita aui: quia cùm adhuc uiuat filius captiuus apud hostes, nõ efficitur suus uerè in uita aui, sed solũ post mortem aui, quo tẽpore moritur filius apud

12 hostes. Quinta est dubitatio; an decisio Scæuolæ in isto §. dirigatur ad reprehensionem Galli. Circá quam, licet communiter doct. concludant, q̃ dirigatur ad reprehensionem Galli, põderantes illa uerba, de quibus in tex. uidelicet. QVARE NON INDVXIT.

quæ

quæ ſonant in reprehenſionē. Ego tamen cō-
cludo, q̄ non pertineat, & q̄ non poſsit perti-
nere ad reprehenſionem Galli: nā̄m cū̄m in-
terpretatio ad ſuſtinendā inſtitutionē in caſu
tex. noſtri admittenda ſit præſertim poſt le-
gem Velleiam, que multos caſus rompendi
abſtulit, que lex non extabat tempore Galli,
ſed fuit inducta poſt Gallū; qua ratione po-
terat reprehendi Gallus, ſi non admiſit dictā
interpretationem in caſu iſto, quando nō ex-
tabat cauſa & ratio, propter quam Scæuola
atteſtatur eſſe admittendam. d. interpretatio-
nem. Quinimo' (ut ſupra' dictum fuit, & la-
tiùs dicemus in §. nunc de lege Velleia) non
potuiſſet nec per Gallum, nec per alios Iure-
cōſultos anté dictam legem Velleiam admit-
ti prædicta interpretatio. Concludendum eſt
igitur, quo'd ſi uolumus intelligere, quo'd tex.
in illis uerbis. QVARE NON INDV-
XIT &c. exprimat reprehenſionem, quo'd
talis reprehenſio non dirrigatur aduerſus
Gallum, qui fuit anté legem Velleiam; ſed ſo-
lùm aduerſus alios Iureconſultos, qui ſuper-
13 uenerunt poſt legem Velleiam. Et expo-
namus illud uerbum. INDVXIT. in illum
ſenſum. quare inductum non eſt. ut eſſet im-
perſonaliter; Vel legamus tex. iuxtá literam
piſanam, iuxtá quam legitur. Quare non in-
duxere. ita quo'd uerba referantur ad plures,
non autem ad unum tantummodo. Placet
tamē intelligere, quo'd Scæuola in his uerbis
QVARE INDVXIT. uelit formare quæ-
ſtionem de nouo, uidelicet. Quare inducēdū
non ſit. uel non inducemus; & accipiamus il
lud uerbum. INDVXIT. quod eſt præte-
riti temporis, pro futuro tempore, uel pro
præſenti, uidelicet. Quare non inducitur.
quod nō uidetur inconueniens, cū̄m uerbum
præſentis temporis aliquando etiam é cōtra-
rio accipiatur in præteritum. l. ſi cū̄m dies in
principio iuncta glo. ff. de arbit. maximé attē-
to more loquendi, quo utitur Scæuola in ſuis
reſponſis.

Vltimo' uidendū eſſet de illa quæſtione, quā
poſt Bartho. tractant doct. hic, uidelicet. An
poſsit inſtitui nepos ex filio ſpurio, quámuis
ipſe filius ſpurius nō poſsit: ſed quia præſens
quæſtio non pertinet ad interpretationē hu-
ius legis: idcirco' reſeruo tractandam infra' cū̄
aliis quæſtionibus poſt interpretationē legis.

Sequitur §. inſtituens.

1 *Que fuerit intentio Scæuolæ in iſto tex.*

2 *Ratio dubitandi & decidendi ad iſtum tex.*

3 *Intentio Scæuolæ in iſto §. fuit ponere formulam gene-
ralem reſpectu caſuum, in quibus filius deſinit eſſe
ſuus: non autem reſpectu deſcendentium, quos teſtator
uellet inſtituere.*

4 *Inſtitutio de nepote, qui ſuus naſcetur ſimpliciter fa-
cta, non porrigitur ad omnes deſcendentes, qui ſui na-
ſcuntur. contrà Bartho.*

5 *Differentia que ſit inter primum & ſecundum caſum
huius tex.*

1 INSTITVENS. Circa'
iſtum tex. primo' aduertēdū
eſt, qnia Scæuola hic uoluit
ponere formulam inſtitutio-
nis huius nepotis, qui naſci-
tur poſt mortem aui; que ſit generalis ad oēs
caſus, per quos filius in uita deſinit eſſe ſuus,
& nepos naſcitur ſuus poſt mortem aui; quā
formulam eſſe ponēdam dixerat in §. & quid
ſi tantū̄m. prout ibi fuit declaratum, & (ut di
xi in §. præcedenti & in. d. §. & quid ſi tantū.)
effectus huius formulæ eſt, ut quotiens in in-
ſtitutione huius nepotis exprimitur unus ca-
ſus, per quem filius deſinit eſſe ſuus & nepos
naſcatur ſuus poſt mortem aui; porrigitur
dicta inſtitutio ad quocunque caſus, per quos
filius deſinat eſſe ſuus, & nepos naſcatur ſuus
poſt mortem aui: quia porrigitur ad omnes
caſus comprehenſos in formula inſtitutionis
tradita per Iureconſultū, & omnes dicti caſus
comprehenduntur ſub d. formula, quam ipſe
hic poſuit. Secundo' eſt aduertendum, quia
Scæuola in iſto §. non dubitauit, quin proce-
dat & ualeat inſtitutio facta ſub forma, de qua
hic per eum: ſed ſolùm dubitat, an inſtitutio
ſub hac forma comprehendat, uel non com-
prehendat omnes caſus, ex quibus filius deſi
nat eſſe ſuus, & nepos naſcatur ſuus poſt mor
tem aui. Si uerum foret id, quod præſuppone
bant doct. q̄ anté Gallum non eſſet teſtamen-
ti factio cum iſto nepote nondùm nato, &
quo'd illam non fuerit conſequutus niſi in ca-
ſibus, in quibus prouidit Gallus & lex Velle-
ia; utique dubitandum eſſet an eius inſtitutio
ſub formula, de qua per Scæuolam proce-
deret uel ne'; quia iſta formula plurimū dif-
fert ab illa, quam poſuerunt Gallus & lex
Velleia: ſed quia uerum eſt, quo'd eſſet cum
iſto teſtamenti factio, & nulla alia ratio-
ne eius inſtitutio poterat uitiari, quám quia
includebat conditionem de morte filii, que
conditio non uitiat quando conſtat, quo'd
fuit adiecta ſolùm ad limitandum inſtitu-

tionem

tionem ad casum suitatis & necesitatis, ipse nepos uti præteritus rumpat testamentum (ut in superioribus fuit declaratum;) propterea non poterat esse ulla dubitatio circa ualiditatem dictæ institutionis: quoniã quando dictum fuit: Instituo nepotem, qui mihi suus nascetur post mortem meam. non potest in ista institutione subintelligi conditio de morte filii, nisi quatenus est necessaria ad faciendum, quod ille nepos nascatur
2 suus post mortem aui. Que autem potuerit esse ratio dubitandi circa hoc: an prædicta formula sit, uel non sit generalis ad quoscunque casus? maxime post decisionem, de qua in d. §. & quid si tantum, uidelicet, quod institutio huius nepotis expressa in casu mortis filii porrigatur ad omnes casus, per quos filius desiuisset esse suus, & nepos nascatur suus post mortem aui? & quis sit iste casus de quo posset esse dubitatio, an contineatur, uel non contineatur? Non enim possumus dicere, quod dubitatio sit circa casum, de quo in § præcedenti: quia iam fuerat decisum, quod casus ille (maxime quando nepos nascitur post mortem aui) comprehendatur in prouisione 4 facta per Gallum. Credo igitur, quod dubitatio potuerit esse solum de eo, an casus mortis filii contineatur in huiusmodi institutione. Et ratio dubitandi sit, quod ex quo conditio de morte filii regulariter non admittitur in institutione; propterea poterat dici, q̃ testator noluerit sub dictis uerbis includere conditionem de morte: quemadmodum nõ est præsumptio, quod quis elligat uiam, que pertineat ad impugnandum eius iuditium. l. si miles qui. ff. de test. milit. que ratio dubitandi nõ militabat in casu, de quo in d. §. & quid si tantum. quia ibi casus mortis fuerat nominatim expressus. Ratio tamen decidendi fuit, quod ex quo conditio de morte filii non potest uitiare institutionem, quando constat fuisse adiectam solummodo ad denotandum casum, in quo filius desinat esse suus, & nepos nascatur suus post mortem aui: propterea præsumptio est, quod testator sub dictis uerbis generalibus, uoluerit includere casum, seu conditionem de morte filii; quia non subintelligitur nisi in quantum est necessaria ad. d.
3 effectum. Vltimo est aduertendum, quod intentio Scæuolæ in isto §. est tantummodo de eo, ut ponat formulam institutionis huius nepotis, que comprehendat quoscunque casus, ex quibus nepos natus post mortem aui suus esset, rumperetque testamentum uti præteritus (ut expresse colligitur ex hiis, quæ dicta fuerunt supra in § & quid si tantum.) quatenus ibi dixit, esse admittendam formulam generalem ad quoscunq; casus, ex quibus filius desierit esse suus in uita patris & nepos natus post mortem aui, esset suus, ad effectum, ut institutio concepta in uno casu comprehenso in dicta formula, posit porrigi & extendi ad quoscunque alios casus: non autem fuit intentio ponere formulam, que esset generalis ad personas descendentium, qui nondum nati erant, quos testator uellet instituere. Tum quia est necesse, quod adsint uerba, quæ precise exprimant personam hæredis instituti. l. hæredes palam. in principio. supra de testamen. l. iubemus. C. de testamẽ. Tum quia erat superfluum ponere dictam formulam respectu personarum quandoquidem nõ poterat tractari, quod institutio expressa in una persona porrigatur ad aliam: quia clarum est, q̃ non porrigitur, licet in illa alia persona sit eadem ratio & necesitas ipsam instituendi, que fuerat in persona expressa. l. commodissime: supra eod. Et ideo non placet intellectus Barth. ad istum tex. quatenus intelligit; quod in prima decisione (quando dictum fuit. Instituo nepotem, qui mihi post mortem suus nascetur.) tex. uelit decidere, quod ista institutio esset generalis ad quascunque personas descendentium, qui nascerentur sui post mortem, prout si dictum esset. Quidquid liberorum sibi natum erit. Vel quicunque natus fuerit sit institutus, si suus nascetur. nam (ultra, q̃ iste intellectus Barth. sit præter & ultra principalem intentionem tex.) est etiam contra uerba ipsius tex. nam uult, quod in primo dicto institutio non sit generalis quo ad personas, prout est in secundo dicto. ut denotant illa uerba. ATQVE SI GENERALITER DICTVM ESSET &c. Et quia in primo dicto dicit in specie, quod institutio esset generalis ad quoscunque casus, ex quibus nepos natus post mortem esset suus; & dum loquitur specialiter de nepote, præsupponit, quod non esset generalis ad casus, per quos alia persona descendentium, que nasceretur post mortem esset suus: & propterea debemus intellegere, prout etiam intelligunt communiter docto. uidelicet, quod in primo dicto, text. præsupponat, quod institutio sit limitata ad personam nepotis, & in utroque dicto

sit generalis quo' ad casus, quàmuis dicat, quo'd secundum dictum sit etiã generale, quo' ad personas. Et si dicatur cũ intentio text. sit dicere tantummodo, quo'd in primo casu institutio sit generalis quo'ad casus, prout in secundo; que potuit esse ratio dubitandi inter primu'm casum & secundum? ex quo inter unum, & alium quo'ad comprehensionem casuum nulla uidetur diuersitas. Respondetur, quo'd in secundo casu fuerunt adiecta illa uerba. si suus nascetur. quæ demonstrant conditionem principaliter: & ideo' absque dubio denotant omnes casus, in quibus dicta conditio potest purificari; sed in primo' casu sunt illa uerba. Qui suus post mortem nascitur. quæ uerba principaliter pertinent ad demonstrandum personam: secundario uero' conditionem & casus. l. i. ff. de cond. & demonstra. & ibi notatur. l. sticum qui meus. & ibi notatur. ff. de leg. i. Et ideo' uidebatur, quo'd ita nõ essent apta ad demonstrandum omnes casus, prout in secundo casu. Quo nõ obstante, tex. determinat, quo'd non sit differentia quo' ad comprehensionem casuum inter ista uerba. Qui suus nascetur. & illa. Si suus nascetur. Quantum autem ad illum articulum, an appellatione nepotis contineatur pronepos ex propria significatione uerborum, de quo tractant Bart. & alii hic, dicemus infra' in quæstionibus.

Sequitur. § Si Eius.

1 *Qua ratione nepos natus apud hostes ex nuru prægnãte tempore captiuitatis ab hostibus reuersus, acquirat iura suitatis in successione aui medio tempore defuncti, uel uti præteritus rumpat testamentum auitum.*

2 *Licet quis re uera non sit in potestate alterius; fingitur tamen in compluribus casibus respectu pluriũ effectuum.*

3 *Casus, de quo in tex. isto, quo respectu possit pertinere ad ius antiquum, & quo respectu pertinere dicatur ad legem Velleiam.*

4 *Ius antiquum, de quo loquitur tex. iste quale sit.*

5 *Tex. iste in uers. Idem quærendum. debet intelligi in in stitutione pronepotis.*

1 SI EIVS. Quia tex. præsupponit pro indubitato, quo'd iste nepos natus apud hostes, cuius mater erat prægnans tempore captiuitatis, rumperet testamentum uti præteritus, si non foret institutus: & consequenter, quo'd in eius reuersione ab hostibus acquirit iura sui hæredis in successione aui: idcirco' stat dubitatio; qua ratione istud procedat: attento', quo'd iste nepos nunquam fuit in potestate aui nec uerè, nec ficte'. Non enim tempore captiuitatis matris suæ, quo tempore extabat in utero. l. f. de asig. lib. Non etiam tempore natiuitatis suæ apud hostes, quia tunc erat seruus hostium. l. sic eueniet. de adult. Non etiam tempore, quo reuertitur: quia eo tempore auus erat defunctus, & tamen sine patria potestate, quis non potest eẽ suus hæres §. sui instit. de hæred. qualit. & diffe. l. lex Cornelia. ad fin. supra' de testamen. Ad hanc dubitationem (postpositis his, quæ hic dicant Aret. Soci. & Iaso.) Respondetur, quo'd dicetur fuisse in potestate aui tempore, quo extabat in utero antequam mater eius caperetur: Nam et si re uera non posset dici in patris potestate, qui nondu'm natus est. d. l. f. potest tamen intelligi esse sub patris potestate, uel eo respectu, quia habetur pro nato. l. qui in utero. ff. de stat. hom. uel ea ratione, 2 quia iura & effectus patriæ potestatis conseruantur quo' ad effectum conseruationis bonorum. d. l. f. infra' de collat. bono. & quo' ad effectum assignandi liberti. d. l. f. ff. de assigna. lib. & quemadmodum illi in tempus natiuitatis conseruantur omnia alia iura. l. antiqui. ff. si pars hæred. petat. Et ad hoc, ut quis possit esse suus hæres, non requiritur, quo'd uere' existat sub potestate: sed sufficit, quo'd intelligatur, seu fingatur adesse patriam potestatem, ut uidemus in posthumo §. posthumus. insti. de hæred. quæ ab intest. cùm tamen reuera non esset sub patris potestate antequam nasceretur. d. l. f. & quemadmodum dicimus de filiofamilias captiuo apud hostes, qui reuertitur post mortem patris: nàm quàmuis non possit dici, quo'd esset sub patris potestate tempore mortis patris, nisi mediante fictione postliminii, dicitur tamen suus hæres patris §. interdum. inst. de hæred. quæ ab intest. & quemadmodum dicimus de filiofamilias, cuius pater moritur apud hostes, qui dicitur suus hæres patris, quàmuis non dicatur esse sub eius potestate tempore mortis suæ, nisi mediante fictione legis Corneliæ, per quam pater suus fingitur decessisse præambula hora captiuitatis. l. lex Cornelia ad fin. ff. de testamentis.

Secundo'

3 Secundò, quia dum tex. dubitat, an casus de quo in tex. pertineat ad legem Velleiam, an uerò ad ius antiquum & non determinat: uidetur præsupponere, quòd possit pertinere ad l. Velleiam & quòd possit pertinere ad ius antiquũ; idcircò uidẽdũ ẽ, quo respectu possit dici pertinere ad legẽ Velleiam, & quo respectu ad ius antiquum. Ad quam dubitationẽ (postpositis, quæ dicant glo. Barth. & alii hic;) Respondetur, quòd si nos præsupponimus natiuitatem huius nepotis quò ad effectus iuris patriæ potestatis & suitatis censeri inductã tempore, quo eius mater capta fuit ab hostibus, quo tempore ipse adhuc extabat in utero: hic casus diceretur pertinere ad legẽ Velleiam in secundo capite, qui procedit in institutione nepotis nati tempore testamenti, qui efficitur postea suus in uita aui, & cuius institutio ualet solùm quò ad effectum, ut impediat nè talis nepos rumpat testamentũ: nám cùm tempore testaméti mater sua erat capta, si natiuitas fingitur quó ad dictum effectum inducta in matris captiuitate, opus est, quòd dicatur inducta tempore testamenti: & consequẽter, quòd pertineat ad secundum caput l. Velleiæ. Si uerò præsupponatur, ꝙ natiuitas huius nepotis quò ad prædictos effectus non censeatur inducta nisi tẽpore reuersionis suæ ab hostibus, tunc dicetur pertinere ad ius antiquum: quia dicetur inducta dicta natiuitas quò ad dictos effectus solùm post mortẽ aui; quia post eius mortem contingit eius reuersio: nám tẽpus natiuitatis naturalis apud hostes non potuit haberi in consideratione: ex quo tunc temporis natiuitas naturalis nõ potuit esse causa apta nec in actu, nec in potentia ad producendum effectum iuris patriæ potestatis & suitatis, & iuris ciuitatis Romanæ in ipso nepote: quia contingit tempore, quo nascitur seruus apud hostes; & ideó isti effectus sunt attribuendi causæ, que interuenit tempore captiuitatis. Idem uidemus in eo, qui moritur captiuus apud hostes: nám quia mors naturalis apud hostes non potest esse apta nec in actu, nec in potentia ad inducendum ius succedendi ad hæreditatem huius defuncti. l. iii. ff. de uerbo. signi. idcircó lex fingit, ꝙ mors quò ad dictos effectus intelligatur interuenire tempore captiuitatis. l. lex Cornelia. suprà de testamen. & declaratum fuit in l. si is qui pro emptore. ff. de usucap. & ideó resolutio huius dubitationis, de qua in tex. pendet ex eo, an natiuitas huius nepotis fingatur inducta tempore, quo eius mater capiebatur, uel solùm tempore reuersionis ab hostibus, de quo fuit in simili maxima dubitatio inter antiquos Iureconsꝰ. præcipuè inter Marcellum & Iulianum: nam Marcellus fuit in ea opinione, ꝙ licet in eo, qui moritur captiuus apud hostes solùm in tempore mortis naturalis, uerè inducatur hæreditas & successio huius captiui, quòd tamẽ retro usque á die captiuitatis fingatur inducta & intelligatur uacãs hæreditas in die captiuitatis suæ. de quo est tex. in l. i. ff. de capt. que lex fuit Marcelli, qui uoluit, ꝙ captura licet non habeat effectum mortis naturalis donec ille captiuus uiuit apud hostes: quia tamen iura uolunt, ꝙ habeat effectum mortis naturalis cueniente casu, quòd moriatur apud hostes: propterea effectus hæreditatis & successionis illius captiui debet retrotrahi ad tẽpus captiuitatis, ut eo tempore censeatur inducta. Oppositum uerò uoluit Iulianus, qui præsupponebat, ꝙ licet in morte naturali ipsius captiui (quo tempore uerè inducitur confirmatio & habilitas. d. captiuitatis, ut sit efficax ad causandũ effectus mortis naturalis) fingatur, ꝙ illa confirmatio & habilitas retro fingatur inducta: tamen præsupponebat, quòd effectus hæreditatis & successionis solùm censerentur causati & inducti tempore mortis naturalis, quo tẽpore captiuitas, efficiebatur habilis ad producendum dictos effectus: non autem fingerentur retro inducti & causati in die captiuitatis. ut est tex. in l. bona § penu. ff. de capt. & in. d. l. si is qui pro emptore. in his uerbis. Dubitari an per legem Corneliam ad successorem eius pertineat. declarando illum tex. ut dixi in d. l. si is qui pro emptore. circa tertiam decisionem. d. legis. Et opinionem Iuliani sequitur Triph. Iureconsꝰ. in l. in bello § i. uersi. diuersum. infrá de captiu. & Ego in d. l. si is qui emptore. amplector opinionem Iuliani. Tenendo igitur opinionem Marcelli esset opus dicere, ꝙ sicut in reuersione huius nepotis efficitur, ꝙ illa captiuitas matris suæ, in cuius utero extabat, efficiatur habilis & efficax ad inducendum effectus natiuitatis in isto nepote quò ad inducendum ius ciuitatis & ius patriæ potestatis, & ius suitatis in isto nepote, & ꝙ tales effectus, qui (secundum ueritatem) inducuntur in eius reuersione, retro fingantur inducti tempore. d. captitatis: ita etiam concludendum esset, quòd hic casus pertineret ad secundum caput legis

Velleiæ: prout si tempore d. captiuitatis uera interuenisset natiuitas, per quam hic nepos factus tunc fuisset ciuis Romanus & sub aui potestate. Sed tenendo opinionem Iuliani, quòd in reuersione licet sumatur fictio, per quam confirmatio & habilitas d. captiuitatis ad inducendum effectus prædictos natiuitatis, (que secundum ueritatem tunc solùm inducitur) retro inducta fingatur, quòd tamen hic effectus ciuilitatis & patriæ potestatis nõ fingatur retro inductus; hic casus diceretur pertinere solum modo ad ius antiquum: quia licet captiuitas & natiuitas naturalis interuenerint in uita patris & aui, quia tamen non in uita, sed solùm post mortem causantur effectus ipsius natiuitatis quò ad ciuilitatem, & patriam potestatem nepotis: propterea non dicetur quò ad dictos effectus perfecta natiuitas antè eius reuersionem ab hostibus, que reuersio contingit post mortem aui. Et quia Scæuola in ista lege noluit determinare illã quæstionem, circà quam cõtra dicebant Marcellus & Iulianus, pro ut etiam illam adhuc sub dubio uidetur relinquere Paulus Iureconsl. in d. l. si is qui pro emptore (ut ubi declaraui.) propterea non uoluit determinare, an hic casus pertineat ad legem Velleiam, uel ad ius antiquum. Tantò magis quia parum interest, an nepos excludatur à ruptella testamenti ex lege Velleia, & ex iure antiquo. De eo tamen, an in aliquo possit esse differentia, an excludatur ex lege Velleia, an ex iure antiquo dicemus infrà in §. etiam si parente. & in §. ille casus. Ex quibus infertur, quòd in huiusmodi institutione nepotis, que sit limitata ad casum suitatis huius nepotis non consideratur natiuitas nisi eo tempore, quo est apta ad inducendum ius suitatis & patriæ potestatis in ipso nepote, qui nascitur: nam si attendimus opinionem Marcelli non intuemur natiuitatem, que fingitur interuenire tempore captiuitatis, nisi in quantum sumatur fictio, quòd illi effectus ciuitatis & patriæ potestatis retro à dicto tempore censeantur inducti. Si uerò attendimus opinionem Iuliani non intuemur natiuitatem in tempore captiuitatis, sed solùm in tempore reuersionis, in quantum præsupponitur, quòd tunc solùm intelligatur producere prædictos effectus ciuilitatis & patriæ potestatis in isto nepote. Et ratio est euidens: nam quemadmodum cõsideramus mortem filii in quolibet actu, per quem filius desinit esse suus & nepos ex eo efficitur suus (quia mors filii ponitur in conditione ad dictum effectum, ut declaratum fuit suprà in §. & quid si tantùm. & in §. quid si is.) ita etiam considerare debemus natiuitatem nepotis in eo actu, per quem iste nepos aquirit ius ciuitatis & patriæ potestatis, propter quem effectum natiuitas nepotis deducitur in conditione d. institutionis. Infertur etiam, quòd sicut lex Cornelia fingit eum, qui captus moriatur apud hostes decessisse præambula hora captiuitatis iungendo tempus mortis naturalis cum tempore captiuitatis. i. faciendo, ꝙ in tempore mortis naturalis captiuitas ipsa efficiatur efficax & apta ad inducendum effectũ mortis naturalis quò ad ius succedendi illi defuncto, & illa perfectio & confirmatio, quam in ueritate recipit ipsa captiuitas quò ad inducendum dictos effectus tempore mortis naturalis retro usque à tempore captiuitatis intelligitur, seu fingitur inducta. l. lex. Cornelia. suprà de testam. l. lege Cornelia. infrà de uulg. Ita etiam fingit eũ, qui existit in utero, quando eius mater capitur ab hostibus (eueniente casu, quòd ab hostibus reuertatur,) natum fuisse antè captiuitatem iungendo tempus reuersionis suæ cum tempore captiuitatis, idest, faciendo quòd in tempore reuersionis illa captiuitas efficiatur efficax & apta ad inducendum effectus iuris, qui solent causari in natiuitate; & illa perfectio seu confirmatio, quam quò ad dictos effectus in ueritate recipit captiuitas in tempore reuersionis, retro in tempore captiuitatis intelligatur inducta. Ita colligitur ex tex. hic; & hoc etiam præsupponit glos. fin. in his uerbis. Cùm ergo fingatur ea hora natus sicut mortuus. quam etiam ita declarant & sequuntur Aret. Soci. & Iaso. hic nume. 10. Et est aduertendum, quòd in casu tex. nostri si nepos decederet post eius natiuitatem apud hostes & nunquam reuerteretur, circà eius personam cessaret omnis fictio Legis Corneliæ: quoniam d. fictio non pertinet ad eos, qui nulla bona & nullos hæredes habere possunt. l. lex. Cornelia. uersi. si uerò uiuo patre. infrà de uulg. pro ut est hic nepos, qui nũquam fuit in rerum natura, uel saltem natus fuit apud hostes & nunquam rediit. Quomodo autem fictiones postliminii & legis Corneliæ possint militare & procedere in huiusmodi nepote, qui extabat in utero tempore captiuitatis; declaratum fuit in l. si is qui pro emptore. ff. de usucap.

4 Tertiò est aduertendum, quòd licet glo. &

Doct.

doct. dicant, quod ius antiquum, de quo loquitur tex. sit ius inductum per Gallum: attamen iuditio meo dicendũ est, q sit illud ius xii. tab. existens ante Gallum: ex quo dispositio Galli erat iuxta mentem d. iuris: non autem contra, & non inducebat ius nouum diuersum a iure antiquo (ut fuit declaratum supra in principio legis:) nam quomodo potuisset ius Galli dici antiquum quo ad legem Velleiam & tempore Scæuolæ, cum utrunque ius pertineat ad mediam iuris prudentiam? §. Cæterum instit. de legit. agnat succes.

5 Quarto est aduertendum, quod licet Pill. & Ioan. quos refert glo. intelligerent tex. in uers. Idem quærendum est. in institutione nepotis in casu, quo filius testatoris tempore testamenti esset mortuus: tamen tex. noster necessario intelligitur in institutione pronepotis: quia ubi filius tempore testamenti est mortuus non potest institutio nepotis concipi iuxta formam legis Velleiæ: quia non potest cõtinere conditionem de morte alterius, per quam is nepos nascatur suus, uel uiuo auo, uel post mortem aui; & tamen hoc est contra tex. qui præsupponit institutionẽ, de qua in isto uers. fuisse conceptam sub forma legis Velleiæ & sub forma Galli: unde necessario debet intelligi in institutione pronepotis, prout cõmuniter legunt & intelligunt doct. & in casu, quo testator mortuo filio habeat nepotem: nam tunc institutio huius pronepotis potest concipi iuxta formã legis Velleiæ, & iuxta formam Galli sub illa, uidelicet, conditione. si nepos ille uiuo auo desierit esse suus, & pronepos, uel uiuo, uel mortuo pro auo nascatur suus. Et quo ad hoc non est aliqua dubitatio.

Sequitur §. Forsitan.

1 *Ratio dubitandi, de qua in isto tex. in prima sui parte in illis uerbis.* QVIA EIVS PATER NON RECTE FVERIT INSTITVTVS. *quem sensum habeat.*
2 *Intellectus glo. Bar. & communiter doct. ad illum uer.* QVIA PATER NON FVIT RECTE INSTITVTVS. *reprobatur post Aret. & Iason.*
3 *Intellectus Comen. & Aret. reprehenditur.*
4 *Intellectus* IASON. *damnatur.*
5 *Verus intellectus ad illũ uersi. redditur & declaratur.*
6 *Ratio dubitandi, de qua supra quemadmodum aptari possit ad quæstionem propositam.*
7 *Ratio decidendi quomodo institui et accommodari possit ad istum tex.*
8 *Casus positio ad istum tex. cum declaratione literæ.*
9 *Differentia que sit inter casum huius §. & inter casum §. idem credendum.*
10 *Intellectus huius §. in secunda sui parte in uersi. ergo & si pronepos.*
11 *Intellectus Bart. & communiter doct. ad illum uersi. ergo & si pronepos. non est de mente literæ & reiicitur.*
12 *Tex. iste quid uoluerit decidere in illis uerbis.* ATQVE SI EX EO FVISSET ADOPTATVS. *& uerus redditur intellectus.*
13 *Intellectus doctorũ & Bar. ad illũ uers. reprehẽditur.*
14 *Decisio huius tex. in uersi. ergo. an procederet si pronepos natus foret uiuo filio & nepote.*

FORSITAN. Circa primam partem tex. nostri aduertendum est primo, quod tex. circa quæstionẽ, An procedat institutio huius nepotis in casu, de quo loquitur, assignat istam rationem dubitandi quare non debeat procedere, uidelicet; ex quo pater ipsius pronepotis, id est, Nepos non fuerit recte institutus. Et assignat istam rationem decidendi, quod ideo procedit institutio; quia hic pronepos nascitur suus hæres etiam post mortem.

1 Idcirco pro intellectu huius primæ partis dubitatur primo, quẽ sensum habeat ista ratio dubitandi & quomodo possit adaptari, ut faciat dubitationem in quæstione proposita.

2 Quo ad primum cõmuniter doct. post glo. & Barth. hic dicunt, quod ratio prædicta habet istum sensum: Quia hic nepos fuit præteritus. Sed istum intellectum reprobant com. Aret. & Ias. hic: ex quo ista uerba. QVIA EIVS PATER NON FVERIT RECTE INSTITVTVS. denotant illum fuisse institutum licet non rectè: non autem, q fuerit præteritus: quia aliud est non esse factum, aliud non esse recte factum. l. si quis legatum. ff. de fals. l. quarta §. condemnatum. infra de re iud. l. i. infra de suis & legitim.

3 Aliter dicunt. Com. & Areti. quod sensus sit, quod iste nepos non fuerit recte institutus: quia fuit institutus solum in casu, quo nasceretur post mortem filii & aui; & ideo in alio casu, (qui euenit quando nasceretur in ipsorum uita,) dicitur præteritus. l. cõmodissime. supra eod. sed nec etiam iste intellectus potest procedere; quia prædicta uerba. QVOD NON RECTE FVERIT INSTITVTVS. denotant, quod in casu, qui euenit fuerat institutus: non autem omnino præteritus.

4 Vltimo respondet Iaso. quod sensus huius

huius rationis est; quia hic nepos nullo iure potest institui, cùm non esset natus tempore testamenti, & nunquam sit factus suus hæres: & ideò nec per legem xii. tab. nec per prouisionem Galli, nec per prouisionem legis Velleiæ potuisset institui. Iste etiam intellectus nõ potest procedere: nàm ultrà q̃ assumptum Iaso. est falsum, quòd nondùm natus nõ posset institui, dummodo eius institutio non cõtineret conditionem de morte alterius (ut suprà fuit declaratum;) confunditur etiam per uerba tex. nostri. nàm ista uerba. NON FVERIT RECTE' INSTITVTVS. non congruè dicuntur de eo, qui nullo modo potest institui (quia de isto dicitur, q̃ non potest institui:) sed dicuntur de illo, qui potest institui & rectè nõ instituitur. Ego (post positis, quæ dicant alii) dico, quòd prædicta ratio habet illum sensum, quem uerba præcisè denotant & exprimunt, uidelicet, quòd iste nepos fuerit institutus & quòd potuerit institui, sed quòd non fuerit institutus rectè. Quare autem non fuerit institutus rectè, dicetur infrà declarando aliam partem huius dubitationis. Quòad secundum, uidelicet, Qualiter dicta ratio adaptetur ad faciendum dubitationẽ circà decisionem tex. Doctores communiter (iuxtà duos primos intellectus ad dictam rationẽ) respondent, quòd ex quo hic nepos erat præteritus, uidebatur quòd propter eius præteritionem non posset procedere institutio huius pronepotis: sed cum bona uenia ista ratio esset incongrua & inepta duplici respectu. Primò, quia ratio sumpta ex præteritione nepotis non respicit particulariter institutionem pronepotis, sed generaliter totum testamẽtum, ut suprà in §. idem credendũ ad fin. Secundò, quia in casu isto, in quo nepos nunquam fuit factus suus, clarũ & indubitatum est, quòd eius præteritio non potest facere aliquam dubitationem circà ualiditatem institutionis pronepotis. d. §. idem credendum ad fin. Minus etiam. d. ratio posset adaptari iuxtà intellectum Ias. Nàm, quòd iste nepos nullo iure posset institui, nihil attinet ad ualidandum, seu inualidandum institutionem huius pronepotis. Postpositis igitur, quæ dicant alii, pro resolutione huius dubitationis & pro declaratione prædictæ dubitationis, est aduertendum ad id, quod fuit declaratum suprà in principio legis circà uerbũ. INSTITVI. & in §. & quid si tantùm. quòd institutio huius nepotis, seu pronepotis iuxtà formã Galli, uel legis Velleiæ, habet sensum institutionis in primo gradu, casu quo hic nepos, uel pronepos efficiatur suus, & sensum substitutionis in secundo gradu, quocunque alio casu deficiat prior institutio filii; Quod est indubitatum (ut ibi dixi.) & clarius apparebit ex his, quæ infrà dicemus in §. etiam si parente & §. ille casus. Hoc sic stante sequitur, q̃ licet in casu tex. nostri præsupponamus, nepotem fuisse institutum sub forma Galli & legis Velleiæ, uidelicet. Si filius uiuo patre moriatur, uel aliter suus hæres esse desierit, & nepos nascatur suus uiuo, uel mortuo patre. attamen, quia iste nepos nunquã fuit factus suus hæres auo, non potest eius institutio habere sensum institutionis in primo gradu, sed solũ in secundo gradu. Hinc fit, quòd institutio ipsius pronepotis, que facta fuit sub illa conditione. si nepos uiuo auo moriatur, uel aliter suus hæres esse desierit, & ipse nascatur suus hæres uiuo, uel mortuo proauo. non potest habere sensum institutionis in primo gradu, sed solùm substitutionis in secũdo gradu: quia non potest censeri facta nisi in illo gradu, in quo facta fuit institutio nepotis: & consequenter uidebatur, quòd hic pronepos, uti solùm institutus in secundo gradu & præteritus à primo, posset rumpere testamentũ; & sic institutio huius nepotis in casu prædicto non poterat dici rectè facta quòad effectum, ut posset facere, quòd etiam institutio pronepotis posit censeri facta in primo gradu; quasi quod si institutio huius nepotis esset etiam facta in primo gradu (quia esset purè institutus cohæres in primo gradu unà cum filio, quàmuis non existeret suus,) tũc ista eius institutio diceretur rectè facta quòad effectũ, ut institutio huius pronepotis facta sub ista cõditiõe. si nepos moriatur uiuo auo, & pronepos nascatur suus. posit etiam censeri facta in primo gradu; & sic ille pronepos tanquam præteritus à priore non posset rumpere testamentũ. Et iuxtà istum sensum, qui iuditio meo est de mente literæ, omnia quæ innuunt uerba tex. de plano procedunt, uidelicet, quòd hic nepos fuerit institutus, non autem præteritus; & quòd fuerit institutus etiam in casu isto, qui euenit, uidelicet, quòd nepos non sit factus suus: quia in casu prædicto eius institutio hẽt sensum substitutiõis in secundo gradu, & quòd potuerit alio modo institui in primo gradu; & etiam apparet, qualiter ista ratio, quòd institutio nepotis

in casu

in casu tex. nostri non potest habere sensum institutionis in primo gradu pertineat ad faciendum dubitationem, quod etiam subsequens institutio pronepotis non potest censeri facta in primo gradu.

7 Alia est dubitatio, qualiter instituenda sit ratio decidendi in tex. uidelicet, quod intrepidé dicere possimus istum pronepotem potuisse hæredē institui, quia suus hæres & post mortem nascitur; Ad quam respondetur, q intentio tex. fuit dicere, quod ex quo hic pronepos suus hæres & post mortem nascitur, euenit casus, in quo eius substitutio habet sensum institutionis in primo gradu, & in quo casu censetur in primo gradu institutus: Et in hoc, tex. præsupponit, quod iste pronepos intelligatur in casu prædicto, in quo nascatur suus, institutus in primo gradu, in quo fuit institutus filius; quia sicut nepos in casu, quo nasceretur suus diceretur institutus in primo gradu, in quo filius: & in casu quo nepos esset natus suus censeretur institutus in primo gradu, ubi exindé pronepos nasceretur suus censeretur pariter & ipse institutus in primo gradu, in quo fuit institutus nepos. Et quàmuis in casu, quo nepos non fuit natus suus nec factus suus, & eius institutio non potuit censeri facta in primo gradu: attamen institutio de ipso pronepote potest censeri facta in primo gradu, in quo fuit institutus filius ubi pronepos nascitur suus. Et ad obiectum, quod posset fieri in contrarium, uidelicet, quòd non fuit uerificata conditio, sub qua facta fuit institutio de nepote in primo gradu, in quo filius esset institutus: respondetur, quod non censetur defecta, sed adimpleta: quia sufficit illam adimpleri in persona pronepotis, quámuis sit ascripta in persona nepotis: ex quo hic pronepos censeri debet nepos: quia sublato nepote succedit in eius locum. Quā rationē clariùs explicat tex. (ut dicetur in sequenti parte.)

8 Ex prædictis sequitur, quod casus in prima parte huius §. sic dēt poni. Testator instituit filium & deindé instituit nepotem ex eo nasciturum, sub conditione. Si filius uiuo se moriatur, uel aliter suus hæres esse desierit, & nepos post mortem filii nascetur suus uiuo se, uel post mortem suam. & exindé etiam instituit pronepotem nasciturum ex ipso nepote nondùm nato, sub conditione. Si nepos uiuo se moriatur, uel aliter suus hæres esse desierit, & ipse pronepos nascetur suus post mortē filii & nepotis uiuo, uel mortuo ipso auo testatore. Nepos natus fuit post testamentum, sed in uita patris sui, uidelicet, filii. Postea ex ipso nepote concipitur pronepos, qui nascitur, mortuo priùs patre suo, uidelicet, nepote testatoris, & mortuo deindé auo, uidelicet, filio testatoris: ita quòd nepos nec fuit natus suus, nec unquam fuit factus suus (quia natus & mortuus uiuo filio:) & propterea, quia in persona dicti nepotis, nō euenit conditio, que est necessaria ad hoc, ut sub cōditiōe mortis filii possit de eo fieri institutio in primo gradu; idcircò institutio sua non potest habere sensum & uigorem institutionis factæ, in primo gradu; Quæsitum fuit, an possit dici, quòd iste pronepos intelligatur institutus in primo gradu, & eius institutio facta in primo gradu? Videbatur dicendum, quòd non: quia uerba sua institutionis denotant, quòd sit institutus in eo gradu, in quo eius pater: & quia eius pater, uidelicet, nepos non potest dici institutus in primo gradu, & sic non rectè; idcircò nec etiam institutio pronepotis potuit dici facta in primo gradu. Quo non obstante, tex. determinat, quòd intrepidé possumus dicere istum nepotem fuisse institutū in primo gradu. Et ratio est, quia in eius persona interuenerant omnia, quæ sunt necessaria ad effectum, ut institutio de eo facta habeat sensum institutionis factæ in primo gradu, quia suus hæres post mortem nascitur, declarando, (ut suprà dictum fuit.) Quòd autem tex. noster loquatur quando interuenit institutio de utroque, uidelicet, de pronepote & de nepote, colligitur ex tex. nostro, non solùm ex illis uerbis. QVIA PATER IPSIVS NON RECTE INSTITVTVS ESSET. Sed etiam ex illis. AN ISTIS CASIBVS. quæ uerba intelliguntur de istis casibus, qui ponuntur in isto §. Et si interuenissent solùm institutio pronepotis, nō dixisset. ISTIS CASIBVS. in plurali, sed in singulari isto casu, quia unica esset institutio. Quòd etiam loquatur quando nepos non fuit natus suus, nec postea factus suus, colligitur ex illis uerbis. ISQVE MORTVO PATRE DEINDE' AVO NASCATVR. quæ uerba denotant, quòd nepos fuerit mortuus antè filium. Illud enim uerbū. DEINDE' AVO. non est intelligendum de proauo testatore: quia non refert, an pronepos nascatur uiuo, uel mortuo proauo, nisi quia uno casu habet locum prouisio legis Velleiæ in primo capite, in alio prouisio Galli: sed intelligendum est

de

de filio testatoris qui est auus respectu pronepotis; Et ita etiam intelligunt communiter doctores. Quod etiã quæstio posita in text. sit de eo, an institutio huius pronepotis possit dici facta in primo gradu, ut ipse possit dici institutus in primo gradu; demonstrant illa uerba. AN POTVERIT HAERES INSTITVI. quæ uerba intelligẽda sunt de institutione in primo gradu; quoniã de hac agitur in tota ista lege: nam agitur de tota illa quæstione necessaria ad impediẽdum, ne iste pronepos factus suus uti præteritus rumpat testamentum; & illa institutio facta in secundo gradu non posset impedire, quin uti præteritus in primo rumperet testamentum (ut dictum fuit suprà in §. & quid si tantum. & in principio legis in uerbo. INSTITVI. & infrà plenius declarabitur.) nam de eo, quin eius institutio procedat in uim substitutionis factæ in secũdo, uel tertio gradu, non potest esse ulla dubitatio, quamuis præsupponamus, ꝙ institutio huius nepotis de eo esset omninò inualida: quia quocunq; casu deficit etiam institutio filii & ipse non existit hæres, absque dubio admitteretur substitutio huius pronepotis. l. cum in testamento. in principio. infrà de hæred. instit. l. si mater in principio. infrà de uulg. Illud etiã uerbum. SVVS HAERES ET POST MORTEM NASCITVR. non præcisè intelligendum est de morte proaui; quasi ꝙ sit necessarium ad effectum, ut institutio huius pronepotis intelligatur facta in primo gradu, quòd nascatur post mortẽ proaui: quia non refert, an uiuo, an mortuo proauo nascatur suus nisi in hoc; quia uno casu pertinet ad legem Velleiam, alio casu pertinet ad Gallum: Sed intelligendũ est de morte patris sui & aui, prout prius dixerat. Est etiam aduertendum, quòd institutio huius pronepotis in casu huius tex. plurimum differt ab illa institutiõe pronepotis, de qua suprà in §. idem credendum. quia in d. §. idem credendum. interuenit institutio filii, & pronepos fuit institutus sub conditione. si filius uiuo patre decesserit. tunc qui mihi pronepos &c. quo casu nulla potest esse dubitatio, quin omni casu, quo pronepos nascatur suus intelligatur institutus in illo primo gradu, in quo fuit institutus filius: quia immediatè institutus fuit post defectum filii; sed non ita in casu tex. nostri: ex quo nepos fuerat institutus immediatè post defectum filii & pronepos immediatè post defectum nepotis: undè eueniente casu, ꝙ institutio nepotis non posset dici facta in primo gradu, (quia non nasceretur suus nec efficeretur suus) poterat dubitari, an institutio pronepotis, que non fuit facta immediatè in defectum filii, intelligi posset facta in primo gradu, in quo esset institutus ille filius. Circa secundã partem tex. nostri, que est in uersi. Ergo etsi pronepos &c. pro intelligentia tex. dubitatur de pluribus. Et primò, in quibus terminis loquatur & procedat decisio tex. nostri, uidelicet, ꝙ admittatur iste pronepos, qui natus est ex nepote postea, uiuo filio: Respondetur, ꝙ loquitur & procedit quando institutiones de nepote & pronepote essent facte eo modo, de quo suprà in prima parte tex. ita ut sub conditione. Si filius desierit esse suus uiuo testatore, sit institutus nepos, qui nascetur suus uiuo, uel mortuo auo, uel efficietur suus post mortem aui. & similiter sub conditione. si nepos desierit esse suus uiuo auo, sit institutus pronepos, qui ex eo nascetur uiuo, uel mortuo proauo, uel efficietur suus uiuente proauo. ita quòd institutiones huius nepotis & pronepotis comprehendant casum Galli & legis Velleiæ & casum Iuliani; & decisio sit, ꝙ procedat institutio huius pronepotis, quamuis eueniat, quòd priùs moriatur nepos & deindè nascatur pronepos uiuo filio: dummodo tamen his casibus pronepos efficiatur suus in uita proaui. Quòd tex. loquatur in casu, quo prædicte institutiones sint concepte, ita ut comprehendant casum Galli & casum legis Velleiæ, colligitur ex eo; quia tex. hic non expresit sub qua forma concepte fuerant institutiones istorum: undè colligitur, ꝙ præsupponat fuisse conceptas eo modo, quo præsupponitur fuisse conceptas in prima parte huius §. & ibi præsupponitur fuisse conceptas, ita quòd essent generales ad casum Galli & legis Velleiæ (ut ibi fuit declaratum.) Et colligitur etiam ex eo: quia in prima parte dubitatio fuit simpliciter de eo, an procedat institutio huius pronepotis (non obstante, quòd nepos non fuerit rectè institutus) in casu, quo pronepos natus sit suus, quia antea mortuus sit eius pater, deindè auus: non autem dubitat, an procedat secundum legem, an uerò secundum prouisionem Galli: & ideò præsupponitur, quòd possit procedere & ex dispositione legis Velleiæ, (si euenit casus legis uelleiæ) & secundum dispositionem Galli (si euenit casus,

de quo

de quo disposuit Gallus:)& cõsequenter, ꝙ institutio de ipso pronepote sit generalis ad utranq; dispositionẽ. Quo'd ẽt præsupponat, ꝙ institutio pronepotis fuerit generalis ad casum, de quo loquitur Iulianus, uidelicet, ad casum, in quo iste nepos nõ nascatur suus, sed efficiatur suus postquã fuit natus: expressé denotãt uerba huius uersiculi, dũ in eo dicitur. ERGO ET SI NEPOS ADMITTATVR, QVI NATVS EST EX NEPOTE, POSTEA VIVO FILIO. quorũ uerborũ sensus ẽ, ꝙ admittatur institutio huius pronepotis, quãuis natus sit post mortẽ nepotis uiuo filio; & sic quãuis nõ sit natus suus, quia tũc uiuebat filius: sed solũ post natiuitatẽ (mortuo exindé filio) sit effectus suus hæres proaui: nã uult, ꝙ institutio huius pronepotis admittatur ẽt in casu isto, nõ obstante, ꝙ nepos nõ fuerit rectè institutus: quod eẽ nõ posset, nisi præsupponamus institutionẽ de dicto pronepote ita fuisse cõceptã, ut eẽt generalis ad casum, de quo disposuit Iulianus. Et re uera intentio Scæuolæ in isto §. fuit declarare, ꝙ in quocũq; casu procedit instõ huius pronepotis, non obstãte, ꝙ nepos nõ fuerit recté institutus: & ꝙ sufficiat si cõditio, ꝙ nascatur suus, uel efficiatur suus, cõtingat in persona ipsius pronepotis: & ita forsitan uoluit intelligere glo. in uers. ergo. dúm dicit, ꝙ tex. loquitur quãdo pronepos natus fuit in uita omnium. Est tamen aduertendum, quo'd ista sequens pars loquitur quando pronepos est natus post mortem nepotis: quoniam illa uerba. QVI NATVS EST EX NEPOTE, POSTEA VIVO FILIO. in illo uerbo. POSTEA. denotant, quo'd sit natus post mortem nepotis uiuo filio. Et iuxtá istum intellectũ ista decisio optimé infertur ex præcedenti decisione: quia sicut ad effectum, ut procedat institutio huius pronepotis, uel secũdum legem uelleiam, uel secundum Gallum, sufficit si conditio suitatis consistat in persona huius pronepotis, qui nascetur suus, uel in uita, uel post mortem proaui: (non obstante, quo'd dicta cõditio deficiat in persona nepotis, & propter id non dicatur recté institutus) ita etiam ad effectum, ut procedat institutio huius pronepotis secundum prouisionẽ Iuliani, sufficit si dicta cõditio suitatis existat in persona pronepotis; quia efficiatur suus in uita proaui, quãuis non existat in persona nepotis, & iõ nepos nõ dicatur recté institutus. Et quãuis cõiter doct. non admittant istum intellectũ, moti quia illo attento decisio huius uers. nõ pertineret ad casum, de quo per Gallum: sed uel ad legem Velleiã, uel ad Iulianum, (cũ tamen omnia, quæ continentur in hac lege usque ad §. nunc de lege. spectent ad Gallum, ut colligitur ex. d §. nunc de lege. in illo aduerbio præsentis temporis NVNC, & firmant glo. Bart. & cõmuniter alii in §. præcedenti.) Attamen ista rõ parum facit: quoniã conditio, de qua in præsenti § est generalis ad oẽs institutiones huius nepotis & pronepotis sub quacunq; forma fiant, siue sub forma, de qua per Gallum, siue sub ea, de qua per legem Velleiam, siue sub illa, de qua per Iulianũ. Et quãuis intentio Scæuolæ fuerit pertractare casus pertinẽtes ad Gallũ; quia tamen quæstio & decisio ista pertinens ad casus Galli, militat ẽt in casu legis Velleiæ & Iuliani: non est mirum si hic addat uerbum, per quod demonstret eandem decisionẽ procedere ẽt in casibus legis Velleiæ & Iuliani. Et tanto' magis, quia ista quæstio nõ erat decisa nec per primum, aut secundum caput legis Velleiæ, nec ex uerbis Iuliani, de quibus in d §. ille casus. Nám, quia primum caput loquitur de nepote, uel pronepote, qui nascentur sui in uita testatoris: secundum uero' loquitur de illo, qui natus esset tẽpore testamenti; neutrum dictorũ capitum põt adaptari ad istum pronepotem, qui non est natus tempore testamẽti, & non nascitur suus: quia nascitur in uita filii. Et cũ etiã prouisio Iuliani loquatur de illo nepote nondũ nato, qui nascitur in uita aui & patris sui, & qui per mortem patris sui efficitur suus hæres in uita aui: iõ nõ põt decidere istũ casum, in quo iste pronepos nõ nascitur suus in uita patris sui, uidelicet, nepotis, nec fit suus hæres per mortem patris: sed solũ nascitur in uita filii, (qui est eius auus) & per eius mortẽ efficitur suus. Tamẽ attenta prædicta ratione, quã præsupponit tex. in prima parte, & planiús explicat in uersi. sequenti, uidelicet, ꝙ ex quo pronepos in casu prædictæ quæstiõis cẽsetur nepos (sublato nepote) sufficiat si in eo uerificentur cõditiones, de quibus in lege Velleia & Iuliani, prout sufficeret si eẽnt uerificate in nepote (attento', ꝙ ipse pronepos ẽ loco nepotis, & filius est loco patris ipsius pronepotis;) sequitur, ꝙ iste dicatur nasci in uita patris sui, qui nascitur in uita filii, qui censetur eius pater, sicut ipse pronepos censetur nepos: & dicitur fieri suus hæres post mortem patris sui, dúm fit suus per mortem filii, qui censetur eius pater; Et hac ratione uidẽtur in

isto pronepote in casu huius tex. procedere requisita necessaria ad hoc, ut in illo militet
11 prouisio Iuliani. Et iuxtá istum intellectum debet omninò intelligi tex. in isto uersi. reiecto intellectu. Glo. Bart. & aliorum doct. communiter; qui dúm arbitrantur, ꝙ decisio huius uersi. non debeat pertinere ad casum legis Velleiæ, uel Iuliani, sed solùm ad casum Galli: intelligunt, ꝙ loquatur in pronepote nato apud hostes (quámuis tex. de natiuitate apud hostes & de eius redditu ab hostibus nullum uerbum faciat) & in prima parte loquatur de illo, qui nascitur in ciuitate. Et iuxtà istum intellectũ decisio huius tex. non congruè posset inferri ex decisiõe præcedẽti, & patitur plures alias difficultates, de quibus per Iaſ. & alios hic
12 Secundò dubitatur, quid uoluerit decidere tex. in uersu. Atque. dúm dicit. ATQVE SI EX EO NATVS ESSET ADOPTATVS. Ad quam dubitationem (postpositis, quæ dicant Glo. Bar. & Alii) respondetur, ꝙ intentio tex. fuit dicere, ꝙ in decisionibus præcedentibus pronepos habetur pro nepote, (dúm sublato nepote nascitur) quò ad illum effectũ, ut sufficiat interuenire in persona eius conditionem, que fuit ascripta in persona nepotis, pro ut si interueniret in persona ipsius nepotis: ex quo pronepos haberi debet pro nepote, & filius pro patre huius pronepotis; quemadmodum iste pronepos natus ex ipso nepote haberetur pro nepote, ubi esset adoptatus in locum nepotis. Et ita intelligendo, tex. iste de plano procederet & pertinet ad declarandum, seu comprobandum rationẽ decisionis, quam præsupposuit in præcedentibus: Nám in prima decisione, quámuis uideatur defecta institutio nepotis, que fuit facta in primo gradu, in quo filius fuerat institutus, (ex quo cõditio, si nepos nascetur suus uel in uita, uel post mortem aui. fuit defecta:) quia tamen in persona huius pronepotis fuit uerificata, quia fuit natus suus, uel in uita, uel post mortẽ proaui: iõ procedit sua institutio, & sufficit pro ut si extitisset conditio prædicta in persona nepotis; quia satis dicetur existere in persona nepotis: ex quo extitit in persona pronepotis, qui in casu isto habetur pro nepote. Sic in alia, quam ponit in uersi. ergo. licet uideretur deficere institutio nepotis, que fuit facta in primo gradu, in quo filius fuit institutus: ex quo ipse nepos nunquã fuit factus suus in uita aui; procedit tamen institutio huius pronepotis, ex quo ista conditio fuit uerificata in persona pronepotis, qui licet non sit natus suus; tamen fuit factus suus per mortem filii in uita proaui; & sufficit si in eius persona conditio existat, quia haberi debet pro nepote. Et in hoc ultimo uersi. ad corroborandum prædictam rationem subdit, quòd in casibus prædictis pronepos debet haberi pro nepote, ueluti si post eius natiuitatem esset adoptatus in locum nepotis.
13 Doct. tamen intelligunt, ꝙ tex. in isto uersi. ponat aliam decisionẽ diuersam á præcedentibus, uidelicet, quòd pronepos conceptus ex nepote emancipato & deindé adoptatus in locũ nepotis ab ipso auo, nõ rũperet testamẽtũ stante institutione pronepotis sub forma, de qua in tex. de pronepote, qui nascetur suus uiuo, uel mortuo proauo: & similiter, ꝙ extraneus adoptatus in locũ pronepotis nõ rũperet stante institutione pronepotis sub forma, de qua in tex. ita ꝙ in persona ipsius procederet institutio de pronepote facta sub cõditione. Si nascetur suus uiuo uel mortuo proauo. quia utroque casu diceretur nasci pronepos suus: quia per adoptionẽ in locũ pronepotis fit suus. Bart. tamen (ut decisio huius uersi. pertineat solũmodo ad casum Galli) intelligit, ꝙ loquatur in illo pronepote, qui nascitur apud hostes, & dũ est apud hostes adoptatur á pro auo in locũ nepotis; per quã adoptionẽ non statim fit suus in uita proaui: sed solũ post eius mortẽ, attentò ꝙ post mortem rediit. Et quia erat dubiũ qualiter possit adoptari uti pronepos dùm est absens & apud hostes: propterea subnectit quæstionẽ, an absens possit adoptari. Sed isti intellectus nulla rõne possunt procedere. Primò, quia est diuinare, ꝙ loquatur de pronepote cõcepto ex nepote emãcipato, cũ de emancipatione nepotis nullũ uerbũ fiat in tex. Non ẽt põt intelligi de extraneo adoptato in locum nepotis, uel pronepotis: quia tex. expresse loquitur de pronepote nato ex nepote. Nõ ẽt põt intelligi de illo pronepote nato apud hostes & adoptato dũ existit apud hostes: quia ultrá ꝙ in tex. non dicatur de natiuitate, uel existentia ipsius apud hostes; nõ uidetur etiã, ꝙ possit ualere adoptio illius, qui existit apud hostes, nõ tantũ ex eo, quia sit absens: sed quia ius filiationis in eum nõ potest transferri, cùm sit seruus hostium: & adoptio non possit conferri post tempus, uel conditionem, cũ sit actus legitimus. l. actus legitimi. ff. de reg. iur. Et ultimò quia falsũ ẽ, ꝙ in isto pronepote, qui efficitur suus propter adoptionẽ proce-

procedat institutio facta, uel secundum Gallū, uel secundum legem Velleiam, uel secundū Iulianum: quoniam prouisiones prædicte loquuntur in eo casu, qnando nepos, uel pro nepos nascitur, uel efficitur suus hæres propter mortem filii: non autem quando, non propter mortem filii, sed propter adoptionem efficiuntur sui hæredes.

14 Quarta est dubitatio, an decisio, de qua in uersi. Ergo. procederet in casu, quo pronepos esset natus uiuo nepote & uiuo filio: respondetur, quód licet glo. in uersi. Ergo. præsupponat, quód procedat dúm intelligit, quód lex. loquatur quando pronepos est natus in uita omnium: Veritas tamen est in contrarium, quód non procederet. Pro quo uidetur casus in tex. nostro, dúm loquitur de pronepote, qui natus sit ex nepote, postea uiuo filio, & sic qui natus sit post mortem nepotis in uita filii; igitur á contrario sensu præsupponitur aliud esse si foret natus in uita nepotis. Et ratio est, quia si in natiuitate huius pronepotis adhuc extaret nepos, non posset hic pronepos in eius natiuitate subintrare locum nepotis: & ideó conditiones ascripte in persona nepotis nō possent uerificari in ipso pronepote; quia non esset effectus nepos in eius natiuitate: & propterea cessaret ratio decidendi, super qua fundatur decisio tex. Nisi uellemus dicere, quód etiam possit dici, q̄ habeatur in hac materia pro nepote, quando post eius natiuitatem moritur nepos; quód non ita uidetur expeditum: ex quo non debuit uno tempore haberi solúm pro pronepote, & alio tempore in locum nepotis: cōtrá Regulam l. eū qui ædes. ff. de usucap. cū aliis concord. Vltimó esset tractandum, an adoptio possit fieri per procuratorē tàm ex parte adoptantis, quám adoptati; & similiter de legitimatione & compaternitate, uel filiatione spirituali, de quibus tractant Bart. & alii hic: sed quia istud non pertinet ad declarationem legis, propterea reseruatur tractandum infrá in quæstionibus.

Sequitur §. In omnibus.

1 Exhæredatio filij *simpliciter facta in institutione de nepote secūdum consilium Galli, qua ratione dicatur cōcepta post mortem filij.*

2 Ratio Bar. *& doctorum reprehenditur.*

3 *Vera itaq; ratio subnectitur.*

4 *Vtrum exhæredatio in casu præmisso sit inutilis (posito quòd ultrà nepotem sint alij hæredes instituti.)*

5 *Exhæredatio filij collata post eius mortem, qua ratione dicatur frustratoria, quàmuis contingat filium decedere uiuo patre.*

6 *Declaratio tex. in illis uerbis.* VT ET FILIVS DVNTAXAT.

7 *Intellectus ad istum tex. in illis uerbis.* EX ALIQVA PARTE SIT HAERES SCRIPTVS.

8 *Filius in potestate institutus in certa quota minore legitima de iure digest. poterat quærelare testamentū paternum, non tamen uti præteritus dicere nullum.*

9 *Intellectus & declaratio ad illa uerba.* QVOD NON EST NECESSE IN EO FILIO, QVI SIT APVD HOSTES.

10 *Tex. iste in illis uerbis:* ET CERTE IN NEPOTE ET IN PRONEPOTE. *de quibus nepotibus & pronepotibus debeat intelligi.*

IN OMNIBVS. Circá primam decisionē tex. uidelicet, quód facta institutiõe nepotis iuxtá formam, de qua per Gallum præteritio filii non possit excludi per eius exhæredationem, sed solúm per eius institutionem in aliqua parte: ex quo exhæredatio tanquam facta post eius mortē esset frustratoria (quód etiam dixit tex. in l. si ita scriptū §. f. suprá eod.) Dubitatur primó, 1 qua ratiõe exhæredatio de isto filio facta simpliciter in casu huius decisionis cēseretur sem per facta post mortē filii. Bart. & cómuni 2 ter alii dicunt, q̄ ex quo institutio nepotis est sub conditione. si nascatur post mortē. q̄ ideó exhæredatio filii nō pōt confirmari per additionē ex. d. institutione, nisi post mortē filii. Que rō nō satisfacit: quia cū additio hæredis (ēt q̄ instō sit sub conditione) retrotrahatur ad tēpus mortis testatoris. l. hæres quādocūque. infrá de acquir. hæred. l. omnia. ff. de reg. iur. dicetur cōfirmata exhæredatio a' tēpore mortis defuncti. Nec possumus dicere, q̄ (ex quo in casu præsentis decisionis exigatur, q̄ filius moriatur in uita patris) propterea nō pōt cōfirmari in uita filii exhæredatio, quám uis cōfirmetur in morte testantis: ex quo nunquā exhæredatio pōt confirmari antē mortē defuncti; & tamen cōfirmatur exhæredatio filii, quāuis contingat illū decedere antē patrē; & quia uidetur confundi per plura alia, de 3 quibus dicetur infrá in §. ēt si parente. Vera rō est iuditio meo, q̄ ex quo institutio nepotis cōfertur post mortē filii: & actū est, q̄ existentia filii excludat institutionē de dicto nepote, q̄ iō exhæredatio filii a' persona. d. nepotis hæredis instituti necessariò dicetur facta post mortē, filii. nō. n. pōt filius dici exhæreda

tus ab aliquo hærede donec per eius existẽtiã potest excludere institutionẽ d. hæredis.

4 Secundo dubitatur, an istud procedat quãmuis ultrã nepotem sint alii hæredes instituti puré & simpliciter, ut etiã isto casu exhæredatio de ipso filio facta, intelligatur facta post mortem. Bal. & plures alii, quos referunt Iaso. & moder. tenuerunt, quod nõ: quia additione aliorũ cohæredũ in uita filii eius exhæredatio posset confirmari. l. filius à patre. in fine principii. supra eod. & ibi doct. not. Sed opinio istorum uidetur cõtrà tex. nostrum, & tex. in d. l. si ita scriptum §. f. quia in eo, quod loquitur simpliciter & generaliter intelligi debet etiã in casu quando sunt alii hæredes instituti ultrà dictum nepotem. Patet etiam, quod loquitur in casu, quo ille nepos esset institutus solũ in aliqua parte, dum dicit, quod filius debet institui in aliqua parte: quia institutio nepotis sub d. conditione. si filius me uiuo decesserit. censetur facta solùm in ea parte, in qua filius fuit institutus. l. lucius titius. ubi glo. in uerbo. Hæreditatis bessem. & ibi Bal. & Imo. not. ff. de leg. i. Cõcludendum igitur est, quod istud procedat quãuis existant alii hæredes puré & simpliciter instituti. Et rõ est, quia licet ab aliis hæredibus possit dici simpliciter & absolutè exhæredatus: tamen ab ipso nepote nõ pòt dici exhæredatus nisi post eius mortẽ: quia est positus in conditione ad exclusionẽ institutionis de dicto nepote, & donec ipse existat cessat institutio de dicto nepote: & propterea sequitur, quod ex toto sit inualida. d. exhæredatio: quoniã exhæredatio si non fiat ab omnibus hæredibus primi gradus, sed ab aliquibus tantùm, est inualida. l. iii §. filius. supra eod. &

5 ibi notatur. Tertiò dubitatur, qua ratione exhæredatio facta post mortem filii dicatur frustratoria, quámuis contingat filium decedere antè patrem testatorem. Doct. hic & in. l. si ita scriptum §. f. dixerunt rationẽ esse: quia filius in uita dicetur præteritus, & ideò rumperet testamen. Que ratio non placet: quia hoc attento nõ procederet exhæredatio facta sub conditione, contrà. d. l. filius à patre. & l. si pater. C. de instit. & subst. Vera ratio est, quia exhæredatio collata post mortem filii nõ potest operari aliquem effectum in auferendo ius successionis ex causa intestati competens filio in patris hæreditate: quoniam collata in illud tempus, in quo ia'm per mortem filii in eius persona tale ius foret extinctum; & hoc respectu dicitur frustatoria, & non potest cõualidare testamentũ: quia non efficit, quod testamentum sit efficax ad impediendum successionem ex causa intestati in persona. d. filii, & ad impediendum quin sibi per priùs ab intestato deferatur hæreditas: & propterea testamentum est inualidum. l. denique &. l. pen. infrà titulo. i. l. antequam. C. comun. de succes. l. i. infrà si tab. testa. nullæ extab. l. quámdiu pòt ex testamento. infrà de acqui. hæred. Institutio enim & testamentũ sine exhæredatione nõ sufficit ad impediẽdũ ius successionis ex cã intestati competens filio, & exhæredatio ista collata post mortẽ filii, nõ sufficit ad impediẽdũ dictũ ius (ut statim dictũ fuit.) & iõ tex. iste & in. d. l. si ita scriptum §. f. præsupponit, quòd exhæredatio prædicta non operetur, quòd filius non dicatur præteritus: ex quo licet de illo filio sit facta mentio: tamen non aufert illud ius successionis ab intestato competens filio, propter quod præteritione filii testamentum inualidatur.

Quartò est aduertendũ dùm tex. in his uerbis. VT FILIVS DVNTAXAT, QVI EST IN POTESTATE. denotat, quòd in his speciebus necessitas instituendi sit solùm in filio, de quo loquitur; & per illam dictionem. DVNTAXAT. uoluit quidẽ excludere descendentes inferioris gradus, qui nõ tenent primum locum tẽpore testamenti: quia non est necessitas præcisa illos instituendi, habito respectu ad tempus testamenti (ut etiam dicũt glo. & doct.) Voluit ẽt excludere filium existentem apud hostes tẽpore testamenti, qui non est in potestate patris, cùm sit seruus hostium, de quo statim loquitur tex. quia licet procedat institutio nepotis concepti ex ipso filio sub illa conditione. si filius decedat apud hostes antequam reuertatur. (ut in §. quid si is. supra eod. lege.) nõ ideò tamen necesse est, quòd talis filius instituatur. Non tamen possumus dicere, quòd per illam dictionem uoluerit excludere filium, qui esset emancipatus tempore testamenti quidquid dicant glo. & doct. hic: nã licet de iure digest. non esset necessitas instituendi istum filium emancipatum: non tamen posset procedere institutio secundùm formam Galli in nepote concepto ex filio emancipato, etiam quòd esset conceptus antè emancipationem filii: quia institutio de dicto nepote facta sub conditione mortis illius filii emãcipati, esset prorsus inualida: ex quo conditio mortis non posset dici adiecta ad limitandum institutionem

ad

ad casum suitatis per ea, quæ dicta fuerunt in præcedentibus. Verum est, quod absque dubio etiam secundum doct. potuisset simpliciter institui talis nepos, quia esset suus: non tamen sub conditione mortis patris sui.

7 Quinto est aduertendum, q dum tex. dicit. EX ALIQVA PARTE. uoluit denotare, sufficere si instituatur in aliqua minima parte quauis sit minor legitima, dummodo sit pars quotitatiua hæreditatis. Hoc. n. importat illud uerbum. ALIQVAM PARTEM. Glo. in clem. unica. in uerbo. AVT EARVM PARTEM. de foro cõpe. Bal. in l. i. col. pen. C. de in off. testamẽto. & in l. si cũ uel in utero. C. de testa. milit. in c. i. §. cũ autem. in ultima col. de contr. inuest. Io. de Imo. in l. plures. ff. de dãn. infect. & in c. fi. in ultima col. de don. Abb. in c. super eo. in secũdo notab. de eo, qui

8 cogn. cõsang. uxor suæ. Et si diceres, q saltẽ debebat institui in ea parte, que non sit minor legitima, iuxta l. papinianus. §. quoniã autem quarta. ff. de in offic. respondetur, quòd ad excludẽdũ querelã inofficiosi, requiritur quidẽ de iure digest. institutio, que non sit in minori parte, quã legitima (& ita loquitur tex. in § quoniã aũt. cum aliis concord.) sed ad excludẽdũ nè testam. sit nullum propter filii præteritionem, sufficit si institutio fiat ex aliqua quota, quamuis minima, & ita loquitur tex. noster: nàm in casu tex. nostri non est tractandum de querela inofficiosi, per quã testam. rescindatur quando contingit, quod filius decesit uiuo patre. sed solum, an eius præteritione testamen. sit nullum & inualidũ. Admitto quidem, quod in his uerbis tex. uoluit denotare, q exigatur institutio in aliqua parte quotitatiua. Puta. tertia, uel alia minori parte hæreditatis, prout denotat illũ uerbũ. ALIQVA PARTE. ita quod non sufficeret institutio, que fieret in aliqua re certa: quia talis institutio hẽretur loco legati existente alio hærede uniuersali: glo. & doct. in l. si quis prior. infrà ad treb. & in l. quotiens. C. de hære. instit. ideò talis institutio in re certa non efficeret, quin filius quò ad ius uniuersale hæreditatis foret præteritus, & sic quin rumperet testam. isto iure digest. ut ẽt dicunt Imo. Pau. Aret. & Ias. hic. Aliqui tamen tenuerunt contrarium, de quibus per Alex. & alios in l. inter cætera. infrà eod. De iure tamen hodierno sufficeret institutio filii facta in re certa quantum ad excludendum filium à iure dicẽdi nullum: quia solum sibi competeret ius agendi ad supplementum legitimæ. §. aliud. in uersi. cæterum. in auth. ut cũ de appell. cogn. & in l. omnimodo. C. de inoff. testamen. ut dicunt Bald. Ias. & alii moder. hic, & in d. l. inter cætera. infrà eo.

9 Circà secundam decisionem, quòd ista institutio non ita præcisè sit necessaria in filio existente apud hostes quando nepos ex eo conceptus instituitur sub illa conditione. Si filius decedat apud hostes antequàm reuertatur. (que decisio nõ habet dubitationem:) solum est annotandũ, quod tex. præsupponit, q absque dubio institutio huius nepotis erit in primo gradu: quia cùm non sit institutus filius, post cuius mortem fuit institutus nepos, oportet dicere nepotem esse institutum in primo gradu. Quod facit ad comprobationem eorũ, quæ suprà dicta fuerunt, uidelicet, quod in speciebus, de quibus per Gallum & legem Velleiam, institutio huius nepotis habet sensum & uim institutionis in primo gradu: quia sicut habet sẽsum institutionis in primo gradu in casu huius decisionis, quando filius non est institutus: ita etiam quando filius est institutus; ex quo tex. noster præsupponit, quod institutio de ipso nepote non uarietur ob id, quia filius sit, uel non sit institutus: sed uarietas sit solum in eo, quod aliquo casu potest testamentum rumpi propter filii præteritionem. Secundo est aduertendum quatenus tex. in hac decisione à cõtrario sensu præsupponit, quòd in casu reuersionis propter eius præteritionem testamentum rumperetur, q istud absque dubio procedit quãdo ultrà institutionem nepotis sit institutus alius cohæres, per cuius institutionem posset testamẽtũ subsistere, quamuis per reuersionem filii ab hostibus diceretur defecta institutio nepotis uti per defectum conditionis: nàm tũc posset rumpi per filii præteritionem. Dubiũ est, quid in casu, quo nõ sit institutus alius hæres, & solum adsit institutio de d. nepote sub illa conditione. Si filius non reuertetur ab hostibus & apud illos decedat. Nã si præsupponimus, quòd illa institutio intelligatur facta tantummodo in d. casu, & sub d. conditione: ita quòd reuertente filio deficiat cond. dictæ institutionis & totius testamenti, testamentũ non posset rumpi propter præteritionem filii: quia iàm esset extinctum per defectum cõditionis. l. nàm & si sub conditione §. post defectum. infrà tit. i. c. ad dissoluendam. de dispẽ. impub. Sed si tenemus illud, quòd sæpius in superioribus fuit declaratum, uidelicet, quòd

institu-

institutio de huiusmodi nepote non solum habeat uim institutionis in primo gradu quotiens nepos efficiatur suus, & filius non existat suus: sed etiam uires substitutionis in quocunque alio casu contingat filium nolle, uel non posse esse hæredem, tunc istud præsupposito, uidelicet, q̃ testamentum rumperetur præteritione filii, procederet: quoniam etsi deficiat conditio, sub qua nepos censetur institutus in primo gradu: non tamen diceretur defecta conditio totius testamenti: quia non diceretur defecta illa conditio, sub qua censetur substitutus nepos uti in secundo gradu: & propterea testamentum subsisteret si præteritione filii non rumperetur; & hoc modo inducendo & declarando, tex. iste plurimum facit pro prædicta opinione.

Circa ultimam decisionem, uidelicet, quod non sit necessaria institutio nepotis quando eius liberi instituuntur secundum Gallum, & similiter non sit necessaria institutio pronepotis quando eius liberi instituuntur iuxta d. formam; est aduertendum, quod tex. hic loquitur de nepote & pronepote, qui solum possunt considerari ueluti nepotes, uel pronepotes: non autem possunt considerari ueluti filii; quia nondum successerunt in locum filiorũ, prout si sublato filio in locum eius succederent. l. posthumorum. infra titulo. i. & inst. de exhæred. lib. § posthumorum: Et quatenus in prima decisione loquitur de filio, quod eius institutio sit necessaria, intelligitur de filio & de quocunque alio, qui in locum eius filii succesisset; quia semper est necessaria institutio de eo, prout de filio. Secundò est aduertendum, quod ista decisio debet intelligi iuxta ea, quæ dicta sunt supra in § idem credẽdum. uidelicet, ut in casu, quo quis habeat filium & nepotem, & uelit instituere nepotem nascituru ex. d. nepote secundum formam Galli, debet exprimere cõditionẽ de morte utriusque, uidelicet, filii & nepotis: ita q̃ non sufficeret exprimere conditionem de morte filii tãtummodo, uel tantummodo de morte nepotis; ut præsupponit tex. in. d. § idem credendũ. per rationes, de quibus ibi dixi. & hoc casu necessariò filius debet institui: non autem nepos, ut præsupponit tex. noster; nam quia persona filii debet poni in conditione institutionis huius pronepotis ad hoc, ut fiat secundũ consilium Galli, (quia aliter non procederet si esset solum conditio de morte nepotis) necessariò exhæredatio de ipso filio diceretur facta post eius mortem, cum sit positus in conditione, ut per superexistentiam suam excludat substitutum. Et ista decisio (uidelicet, quod præteritione nepotis, aut pronepotis testamentum non rumpatur) debet intelligi, prout dicitur in. d. § idẽ credendũ. casu, quo nõ superuixerunt filio: quia si superuixissent filio, & effecti fuissent sui hæredes, eorum præritione testamentum rumperetur, ut dicitur in. d. § idem credendum. & in. l. posthumorum. infrà titulo primo.

Sequitur §. Nunc de lege.

1 Lex Velleia quid induxerit in primo Capite.
2 Reprehenditur Bar. & sequaces circà intellectum primi capitis leg. Velleiæ.
3 Lex Velleia quid induxerit in secundo capite.
4 Lex Velleia qua ratione induxerit suas prouisiones.
5 Quibus ex causis necessaria fuerit prouisio legis Velleiæ in casibus suis.
6 Ratio Bar. & doctorum reprehenditur.
7 Vera ratio, quare necessaria fuerit prouisio legis Velleiæ in casibus suis, nè testamenta rumpantur.
8 Ratio, quare lex Velleia uoluerit, quòd institutiones nepotum fiant secundum formam ab ipsa lege introductam tàm in primo, quàm in secundo capite.
9 Effectus institutionis nepotis tàm ex primo, quàm ex secundo capite legis Velleiæ quis sit.
10 Vtrum ad inducendum prouisiones legis Velleiæ necessaria fuerit authoritas et constitutio legis, ita ut non sufficiens fuerit interpretatio Iureconsultorum.
11 Qua ratione necessaria fuit prouisio Velleij, quòd nepotes nati, uel nondùm nati, qui non tenebant primũ locum in suitate possent exhæredari.
12 Declaratio illorum uerborum uidelicet. Que uoluit uiuis nobis natos &c.
13 Principalis intentio leg. Velleiæ in eo consistit, ut excludat nepotes à ruptela testamenti.
14 Intellectus Bar. & doctorum ad uersic. Ergo si filium. pluribus rationibus reprehenditur.
15 Verus intellectus & declaratio ad illum uersi. usque ad finem textus.
16 Sensus illorum uerborum. Et ueriùs dicendum est &c.
17 Declaratio uersi. ut non solùm illud primo cap.
18 Intellectus illorum uerborũ. Quid enim necesse est &c.
19 Intellectus & declaratio ad illum uersi. nàm etsi is.
20 Author circà intellectum huius tex. in quibus conueniat, et in quibus dissentiat ab intellectu doctorum.

NVNC DE LEGE VELLEIA. Antequam deuenia mus ad declarationem eorũ, quæ dicuntur per Scæuolam circà prouisiones legis Velleiæ, uidendum est priùs quid induxerit lex Velleia. Deindè qua ratione præ-

prædicta induxerit. Tertiò quis effectus cau
setur ex institutionibus factis iuxtá formam.
d.legis. Quartò an ad inducendum prouí-
siones huius legis fuerit necessaria auctoritas
legis, an uerò sufficiens fuisset Iurisconsultorũ
1 interpretatio. Circá primum non est difficul
tas: quia in primo capite lex Velleia induxit,
quòd nepos nõdúm natus possit institui sub
conditione. si filius decesserit uiuo patre, uel
aliter suus hæres esse desierit, & is nepos nasce
tur suus uiuo auo. Hoc enim præsupponitur
in principio huius §. quatenus dicitur, q lex
Velleia induxit natum uiuis nobis non rum-
pere testamentum, & quòd primũ caput per
tinet ad eos, qui sunt futuri sui cũ nascerentur,
& etiá præsupponit tex. in §. ille casus. in uersi.
non enim. quatenus dicit, quòd primum ca-
put legis Velleiæ non pertinet ad illum, qui
2 non est suus quando nascitur. Est uerúm, q
Barth. & alii existimant in isto primo capite
legis Velleiæ, (ultrá illud membrum de insti-
tutione nepotis nondúm nati tempore testa-
menti, qui non esset futurus suus si tunc natus
esset: ex quo extabat filius, ut possit fieri sub
forma prædicta) contineri etiam aliud mem
brum de institutione nepotis nondúm nati,
quando tempore testamenti non extabat fi-
lius, & talis nepos tempore testamenti (si na-
tus esset) teneret primum locum & foret suus:
& dicebant, quòd tex. iste in uersi. ut non so-
lúm illud primo capite &c. istud decidat. Sed
in hoc non benè sentiunt, & ille uersi. ut non
solúm. habet alium sensum (ut ibi dicetur.)

3 Clarum etiam est, quòd eadem lex Velle-
ia in secundo capite disposuit, quòd nepos,
uel alius descendens natus tempore testamen
ti possit institui sub illa conditione: si filius de
cesserit, uel aliter suus hæres eẽ desierit & ipse
nepos sit factus suus. Hoc expresse dicitur in
§. etiam si parente & in §. uidendum in princi-
pio. & in §. ille casus. uersi. nec posteriore ca-
pite. Adeò q neutrum caput. d. legis Velleiæ
loquebatur de illo nepote nondúm nato tem
pore testamẽti, qui non nascitur suus, ex quo
nascatur uiuo filio: sed solúm efficitur suus
post natiuitatem decedente filio postea in ui-
ta aui. Sed de isto loquitur prouisio Iuliani in
4 d. §. ille casus. Circá secũdum, uidelicet, pro-
pter quam rationem prædicta fuerint indu-
cta per legem Velleiam. Quia ista quæstio
duas habet partes. Prima est, quare lex Velle
ia induxerit, quòd possint fieri dictæ institu-
tiones. Secunda, quare uoluerit, q fiant sub. d.
forma; Idcirco de ratione utriusque est uidẽ-
dum. Quòad primum non uidetur esse ali-
qua difficultas: quia id factum fuit ad hoc, nè
dicti nepotes, qui nascerentur sui, uel qui ef-
ficerentur sui post natiuitatem, tanquam præ
teriti rumperent testamentum: nám ad istud
tendit institutio legis Velleiæ. (ut dicitur in
principio tex. nostri & uersi. ueriùs. & in §.
etiam si parente. & in §. uidendum. & §. ille ca-
sus. & suprá ead. lege §. quid si is uersi. meliús.
& in. l. posthumi. §. i. uersi. Sed & hii. & l. posthu
5 morum, ad fin. infrá titu. i.) Solúm est diffi
cultas, quo respectu fuerit necessaria prouisio
legis Velleiæ circà prædictas institutiões quòd
ad. d. effectum, nè rumpatur testamentum.

6 Si tenemus opinionem & præsuppositum
doct. quòd iste nepos & descendentes nondũ
nati (quando non tenebant primum locum
tempore testamenti) forent omninò incapa
ces, & cum illis non esset testamenti factio; di
cendum esset, quòd fuit necessaria dispositio
legis Velleiæ ad inducendum capacitatem &
testamenti factionem passiuam cum istis ne-
potibus & descendentibus, de quibus loqui-
tur: quia hoc modo poterunt institui, & me-
diante dicta institutione illos impedire, nè tã-
quam præteriti rumpant testamentum: sed
iuxtá prædictam rationẽ, ultrá q incidimus
in illas omnes difficultates, de quibus dictum
fuit suprá in principio legis circá rationem,
quare inducta fuerit prouisio Galli; incidi-
mus etiam in plures alias. Prima est, quia di-
cta ratio non pertinet ad dispositionem legis
Velleiæ in secundo capite, que loquitur de ne
potibus descendentibus natis tempore testa-
menti, qui absque dubio erant capaces & ha-
bebant testamenti factionem passiuam tem-
pore testamenti: & absurdum est uelle dice-
re, quòd dispositio dictæ legis Velleiæ in se-
cundo capite non esset necessaria, & quòd ni-
hil de nouo inducat, sed solúm det cõsilium,
ut instituantur, nè rumpant. (ut dicemus in-
frá in §. ille casus.) Præterea dispositio legis
Velleiæ induxit de nouo, quòd nepos & de-
scẽdẽtes, de quib. loquitur, possint exhæreda
ri. l. posthumi §. i. uersi. sed si hii. d. l. posthumo-
rum ad fin. & tamen quòad exhæredationẽ
prædictorum non uenit considerandum, an
possint, uel non possint capere ex testamen
to, cúm in exhæredatione agatur solúm de
ipsorum exclusione ab hæreditate. Et ultimò
attẽta prædicta ratione, sequeretur, (posito q
prædicti nepotes & descendentes nõ possint
instituí

instituti) quod ad impediendum, ne uti præteriti rumperent testamentum casu, quo efficerentur sui, non sufficeret si de facto tempore testamenti essent instituti. Quod tamen uidetur contra tex. in. l. si ita scriptū §. f. supra eod. & l. f. C. de posthu. hæred. instit. in his uerbis. NEC PÆNAM PRÆTERITIONIS PATIATVR, QVI FILIOS NON PRÆTERIIT. Nec possumus dicere, quod ista institutio tanquam nulla a principio propter incapacitatem eorum, qui fuerunt instituti; non posit ex post facto confirmari quo ad effectū, ut instituti ueluti præteriti non possent rumpere testamentum, per regulam Cathonianam: quia cum institutiones prædictorū sint collatæ in tempus, in quo dicti nepotes nascerentur sui: sequitur, quod ex post facto potuerunt confirmari, & quod ad illos non pertineat regula cathoniana. l.
7 pen. ff. de reg. catho. Dicendum est igitur in proposita quæstione, quod prouisio legis Velleiæ non fuit necessaria ad inducendum capacitatem, seu testamenti factionem in istis nepotibus, de quibus loquitur; quia erant capaces & poterant instituti etiam ante Gallum; nam potuisset testator illos instituere cohæredes pure & simpliciter una cum filio instituto, & etiam illos substituere quocunque casu defecisset institutio de ipso filio instituto; sed fuit necessaria solum ad inducendum, quod posint instituti in primo gradu institutionis sub illa conditione. si filius decederet, uel aliter suus hæres esse desierit uiuo testatore. quia cum per Gallum inductū esset, quod possent instituti in primo gradu sub conditione. Si filius decederet uiuo patre. adiecta illa alia conditione. Si ipsi nepotes nascerentur sui post mortem aui. non tamen fuerat inductum, ꝙ possent instituti sub d. conditione de morte filii, non adiecta illa conditione. si nascerentur post mortem aui. idcirco istud inductum fuit per legem Velleiam, per quam fuit sublata necessitas addendi in prædicta institutione illam conditionem. si nepos nasceretur post mortem testatoris. ut sic procedat. d. institutio sub dicta conditione in primo gradu etiā in casu, quo nepotes nascerentur uiuo auo; & dicta dispositio legis Velleiæ in primo capite pertinet ad impediendum, ne dicti nepotes rumpant testamentum: quia licet ante legem Velleiam institutio de ipsis nepotibus sub conditione mortis filii in uita testatoris, foret uallida in uim substitutionis, seu institutionis factæ in secundo gradu; quia tamen ipsi nepotes postquā erant effecti sui hæredes illi auo, reperiebant se præteritos in primo gradu, & solum institutos in secundo; idcirco non obstante prædicta substitutione rumpebant testamentum: sed postquam lex Velleia induxit, quod possint instituti in primo gradu sub dicta conditione, & ꝙ dicta institutio habeat non solum sensum substitutionis, sed etiam institutionis in primo gradu; substulit occasionem præmissam rumpendi testamētum, quā habebāt nepotes prædicti uti præteriti in primo gradu, casu quo non essent instituti pure & simpliciter uti cohæredes filii; Que ratio pertinet etiam ad decisionem secundi capitis legis Velleiæ, que loquitur de nepotibus natis tempore testamenti: quia similiter institutio de ipsis facta sub illa conditione. si filius decesserit uiuo testatore. non poterat habere nisi uim institutionis, seu substitutionis in secundo gradu, non autem uim institutionis in primo gradu: & ideo non erat sufficiens ad impediendū illos, ne uti præteriti in primo gradu rumperent testamentum, nisi postquā inductum fuit per legē Velleiam, quod habeat efficaciam institutionis in primo gradu saltē quo ad impediendum illos a ruptella testamenti. Et prædicta ratio pertinet etiam ad declarandum, quare fuerit necessaria prouisio legis Velleiæ quo ad exhæredationem horum nepotum, de quibus loquitur. (ut infra declarabitur.)

8 Quantum ad aliud, uidelicet, propter quam rationem lex Velleia uoluerit, quod institutio nes horum nepotum, de quibus loquitur, fiant sub dicta forma; aduertendum est, quod si nos tenemus opinionem & præsuppositū doct. uidelicet, quod dispositio legis Velleiæ in primo capite pertineat ad inducendum capacitatem & testamenti factionem in istis nepotibus, aut pronepotibus nondum natis, & qui nascuntur uiuo testatore; nulla posset assignari ratio, quare lex Velleia decisiones primi capitis limitauerit ad illos nepotes, qui post mortem filii nascuntur sui in uita aui, & exigat, quod in institutione de ipso nepote, ultra conditionem de morte filii, addatur illa alia conditio. si nepos ex eo nasceretur suus hæres. quia etiam necessitas instituendi militat in his, qui nascuntur post testamentum in uita filii, qui efficiūtur sui in uita aui per mortem filii, de quibus loquutus postea fuit Iulianus: Sicut etiam stante eadem opinione &

præ-

præsuppositō doct. nō posset assignari aliqua rō, propter quā Gallus suā prouisionē limitauerit ad nepotes, qui nascētur sui post mortē aui; & ultrà illā conditionē de morte filii, exigat illā aliā, quod nepos nascatur post mortē aui: (ut dictū fuit in principio legis.) Nec minus assignari posset ulla ratio, quare lex uelleia in secundo capite instōis nepotis nati tēpore test. sub. d. cōditione mortis, nō permittat, sed solùm uetat rūpi, i. nō uult, qualeat in uim instōnis nisi quò ad effectū, ut impediat, nè taliter institutus rūpat testā. Sed tenēdo opinionē & præsuppositū nostrū, q̄ dispō legis uel leiæ pertineat solùm ad illū effectū, ut dicta institutio de hmōi nepotibus habeat uim institutionis ualidæ in primo gradu, quāmuis eēt facta sub cōdōne. si filius decesserit uiuo patre. patet euidens rō prædictorū omniū: nàm dicendū ē, q̄ duplici rōne exegerit in primo capite illā aliā condōnē, q̄ ille nepos institutus nascatur suus hæres. Prima rō est, ut tollatur uitiū, propter quod cōditio de morte filii uitiaret instōnē: Nàm ex quo condō de morte filii est apta ad inducendū uotū captandæ mortis solùm in casu, quo instō nepotis purificaretur in morte filii: non autem in casu, quando in morte filii institutio non esset purificata; (quia post euentū condōnis de morte filii expectandus sit euentus alterius condōnis) idcircò lex uelleia uoluit, q̄ ultrà condōnem de 9
morte filii addatur alia condō natiuitatis nepotis, uidelicet. si nascatur suus. quia sine ista alia condōne, sola condō de morte filii foret apta ad inducēdū uotū captandæ mortis. Alia rō ē, ut dicta instō de nepote possit habere sē sum & intellectū instōnis in primo gradu. Declaro. uerba huius instōnis sub illa condōne. si filius me uiuo decesserit, uel suus hæres esse desierit. non exprimunt instōnē in primo gradu, sed solùm substitutionē uulgarē & instōnē factā in secundo gradu; Solùm dicētur exprimere ēt instōnē in primo gradu, in casu quo adsunt aliqua uerba, quæ denotant. d. instōnē precisè & in spē in casu suitatis d. nepotis, & in casu necessitatis, nè uti præteritus rumpat testa. nàm quia in d. casu est necessitas instituēdi. d. nepotē in primo gradu; propterea colligitur, q̄ dicta instō sit ēt facta in primo gradu. Dicēntur aūt adesse uerba, quæ ostēdunt. d. instōnē esse factā precisè & in spē in casu suitatis & necessitatis. d. nepotis, quando fuit obseruatū, q̄ tempore mortis testatoris, in quod tempus cōfertur instō, adsit suitas & necessitas in d. nepote instituto: prout in instōne facta iuxtà formā Galli quando adest illa condō. si filius me uiuo morietur, tūc qui mihi ex eo nepos post mortē meā suus nascetur &c. (ut dictū fuit s̄ in principio legis:) & ēt quando fuit obseruatū, q̄ in natiuitate nepotis adsit ius sui hæredis in eius persona, quia nascatur suus, ut præsupponit tex. noster hic in his uerbis.

QVID ENIM NECESSE EST TEMPVS FACIENDI TESTAMENTI RESPICI? CVM SATIS SIT OBSERVARI TEMPVS, QVO NASCITVR. (ut inf. declarabitur:) & propterea debuit adiici illa conditio. si nepos suus nascetur. ut sic appareat instōnem prædictā fuisse factā precisè & in spē in casu suitatis. d. nepotis, & consequenter appareat illā esse factā in primo gradu. Rō aūt, quare in secundo capite nō permittat institui nepotes natos sub. d. conditione. si filius decesserit uiuo patre, & ipse nepos efficietur suus. sed solùm uetat, nè isti nepotes sic instituti rumpant testamentū, ea est: quia in casu prædicto in morte filii purificatur institutio. d. nepotis nati tempore testamenti, & quia adhuc permanet uitium, propter quod. d. conditio uitiabat institutionem; idcircò noluit lex uelleia conualidare dictam institutionem uti factam in primo gradu, nisi quò ad effectum impediendi, nè testamentum rūpatur: non autē quò ad effectum, ut ex illa succedatur (ut dicetur infrà in §. ille casus.)

Quò autem ad tertium, uidelicet, quis sit effectus institutionum ex primo & secundo capite legis uelleiæ. Pro resolutione est aduertendum, q̄ quemadmodum instō iuxtà formam Consilii Galli habet intellectū instōnis in primo gradu ubi eueniat, q̄ nepos institutus efficiatur suus & necessarius auo, & ēt intellectū substitutionis in secundo gradu ubi cōtingat, q̄ nō efficiatur suus & necessarius, sed eueniat, q̄ aliquo modo filius nō sit hæres & defficiat institutio filii; (ut dictū fuit in §. & quid si tātū.) Eodē modo instō facta iuxtà dispositiones legis uelleiæ habet sensum instōnis & substitutionis. (ut dicetur in §. ille casus.) Ex hoc sequitur, quòd instō, iuxtà formā primi capitis legis uelleiæ, hēt duplicem effectū. Primus erit, q̄ eueniente casu, q̄ iste nepos efficiatur suus & necessarius hæres, (quia tūc instō accipietur pro instōne in primo gradu) nepos uti institutus in primo gradu succedet Patri, & hoc respectu excludetur a ruptella test. & iō si in d. casu non defeciisset instō filii, (ex quo filius uiueret) sed per eius emancipationem nepos esset factus suus, nepos succederet uti cohæres filii. (ut dictū fuit in d. §. & quid si tantū:) & hic

effectus ẽt procederet, quãuis nepos postquã fuit natus suus desineret esse suus, quia ab auo emãciparetur: nã ex quo in eius natiuitate lex interpretatur. d. eius institutionem uti factã in primo gradu ad hoc, nè eius præteritione testamentum in eius natiuitate rumpatur; semper accipi debet pro institutione primi gradus, que non euanescit propterea quia nepos de necessario hærede fiet uoluntarius. (ut dicetur infrá in §. fi.) nec in dicta institutione fuit adiecta cõditio. si nepos permanserit suus usque ad mortẽ. Alius effectus ẽ, q nõ eueniẽte dicto casu, q nepos efficiatur suus & necessarius, (quia tũc dicta institutio accipietur pro institutione facta quocũq; alio casu deficiat institutio filii, & filius non existat hæres) talis nepos ex substitutiõe succederet auo (ut dicetur in §. ille casus.) quãuis in hoc ultimo oppositũ dicãt Bart. & alii in l. si mater §. i. infrá de uulg. ex quo illa conditio. si nepos nascetur suus. dicetur adiecta solũ in quantũ cẽsetur facta pro institutione primi gradus: non aũt quatenus cẽsetur facta pro substitutione in secundo gradu. (ut plenius dicetur in. d. §. ille casus.) Isti duo effectus ẽt resultant in institutione nepotis facta ex secundo capite legis Velleiæ de nepote nato tẽpore testamenti: Solũ in hoc est differentia; quia nepos isto casu, licet habeatur pro instituto in primo gradu quo' ad illũ effectũ, né uti præteritus rũpat testamentum: tamen nõ hẽtur pro instituto in primo gradu quo' ad effectum, ut ueluti institutus in primo gradu succedat, sed solũ ut succedat uti substitutus (ut dicemus in §. ille casus.) ex quo in. d. secũdo capite lex nõ permittit institui: sed quo' ad aliũ effectũ, uidelicet, q succedat ex substitutione, quamuis non efficiatur suus, idem erit, q in institutione, ut nõ succedat nepos, si contingat, q filius existat hæres: sed si filius nõ existit hæres, tunc ex substõne succedat nepos.

10 Circá quartũ, an ad inducendũ prouisiones huius legis fuerit necessaria auctoritas & cõstitutio legis, ita ut ex iurisconsultorũ interpretatione nõ potuerint induci; cõcludendũ est, q dicta cõstitutio legis fuit necessaria, pro ut ẽt apparet, q de dictis prouisiõibus facta fuit lex; & apparet q cõstitutio harũ prouisionũ appellatur lex, ut in tex. nostro. & in §. & quid si tantũ. & §. quid si is & §. si eius s ead. l. & in. l. posthumi & l. posthumorũ. infrá titu. i. & idcirco' resultat, q non esset sufficiens Iurisconsultorũ interpretatio: quoniá lex fit á populo (senatorio magistratu interrogante) insti. de iur. nat §. lex est. Sed si fuisset inducta per interpretationem Iurisconsultorũ denominaretur sententia, ut in. l. pen. de leg. i. & §. f. infrá ead. lege. Rõ aũt, quare prouisiones huius legis uelleiæ nõ potuissent induci per Iurisconsultorum interpretationem, sed esset necessaria legis cõstitutio, ea est; quia pertinent ad inducendum aliquid, q est præter & ultrá mentẽ iuris antiqui, ad quod nõ se extendit auctoritas Iurisconsultorũ. (ut dictũ fuit s in principio legis.) Declaro, rõ quare in prouisiõe Galli illa interpretatio (q cõditio de morte filii sit adiecta ad denotãdũ, q institutio nepotis esset præcisé & in specie facta in casu suitatis & necessitatis, que extaret in nepote; & q præcisé & in specie in casu. d. suitatis & necessitatis sit facta, propter quã procedit. d. institutio & intelligitur facta in primo gradu) cẽseatur esse secundũ mentẽ iuris antiqui & nõ præter, seu cõtra mentẽ iuris antiqui; ea est: quia fuit obseruatum in institutione, q ius sui & necessarii hæredis adesset in ipso nepote tẽpore mortis testatoris & tempore, quo deferenda & acquirenda uenit hæreditas ex. d. institutiõe ipso iure per legẽ: undé colligi potuit prædicta interpretatio, quia in suis hæredibus attenditur tẽpus mortis testatoris §. sui inst. de hære. qual. & diff. & notatur in. l. si alienũ §. in extraneis inf. de hæred. instit. & illud nõ solũ quãdo esset adiectũ uerbũ exprimens illã cãm suitatis in ipso nepote (ut in §. instituens inf. ead. lege. ubi fit institutio, per illa uerba. INSTITVO ILLVM, QVI MIHI SVVS HÆRES NASCETVR POST MORTEM MEAM.) uerũ ẽt si huiusmodi uerbũ nõ fuisset adiectũ: quia dũmõ sit expressa in tali casu, ex quo de necesitate inferatur, q aderit ius sui hæredis in persona nepotis tẽpore mortis testatoris & tẽpore, quo cedit dies prædictæ institutiõis; de necessitate infertur & colligitur, q ipsa instõ fuit facta præcisé & in spẽ in casu suitatis & necesitatis. d. nepotis, & q ob. d. cãm sit apposita cõditio de morte filii. Sed prædicta rõ cessabat in casibus, de quibus per legẽ uelleiã in. i. & ii. capite: quoniã in illis nõ fuit obseruatũ, q in nepote, uel alio descendẽte instituto adsit ius sui & necessarii hæredis tempore mortis testatoris & tẽpore, quo cedit dies. d. institutionis: sed solũ fuit obseruatum, quo'd adsit tempore natiuitatis, (ut in primo capite) uel quo'd superueniat post testamentum ex post facto (ut in secundo capite & in institutione nepotis nati:) ita quo'd facta fuit, quámuis in persona talis nepotis instituti non permanserit illud ius sui hæredis usque ad mortem testatoris, & usque quo cedet

det dies institutionis: & propterea non poterat nec ex uerbis expressis, nec in consequentiam casus expressi, in.d. institutione colligi prædicta interpretatio, quód cõditio de morte filii fuisset adiecta ad denotandum, quód in stitutio esset præcisé & in specie facta in.d. casu suitatis & necessitatis existentis in.d. nepote, & quód precisé & in specie esset facta in. d. casu: undé ex mente iuris antiqui.d. interpretatio non poterat admitti: quia dicto iure non admittebatur interpretatio, quam uerba non significarent (ut dictũ fuit supra in principio leg.) Quia igitur.d. interpretatio erat admittenda præter & ultra id, quód uerba significabant, & consequenter præter & ultra dispositionem & mentem iuris antiqui: idcircó necessaria fuit constitutio legis, que uoluit, ꝙ ex quo necessitas instituendi istum nepotem (ad effectum, né eius præteritione testamentũ rumpatur) militat in casu, quo nascitur suus, uel in casu, quo nepos natus ex post facto efficitur suus (quámuis non permaneat suus usq; ad mortem aui testatoris;) quód ideó sufficiat obseruare, quód tempore natiuitatis adsit in nepote.d. qualitas sui hæredis, uel ꝙ in eo su-
11 perueniat post mortem filii. Sed maior dubitatio uidetur esse, quá ratione fuerit necessaria constitutio legis Velleiæ ad inducendum, quód isti nepotes siue nati, siue nó nati, qui non tenebant primum locum tempore testamenti, possent exhæredari; ita ut dũmodo essent nominatim exhæredati excludãtur, né possint postea testamentum rumpere, ut expressé dicitur in.l. posthumi &.l. posthumo rũ. infrá titulo. i. & in §. etiam si parente. quia uidebatur, ꝙ talis exhæredatio esset efficax ad d. effectum etiam de iure xii. tab. Ad istud tamen respondetur, quód ideó de iure antiquo exhæredatio dictorum nepotum non erat efficax ad repellendum dictos nepotes á ruptella testamenti: quia.d. exhæredatio uidetur collata post mortem filii, qui fuerat institutus in primo gradu & in tempus, quo dicti nepotes erant facti sui hæredes; quia aliás dicta exhæredatio de dictis nepotibus non posset esse utilis. l. quidã cúm filium. ff. de uerb. oblig. & propterea.d. exhæredatio non poterat dici facta á primo gradu, in quo filius fuerat institutus (quia exhæredatio fuerat facta post mortem filii;) sed solúm á secundo gradu, uel ab aliis hæredibus, qui essent instituti una cũ filio: & propterea isti nepotes postquã essent facti sui post testamẽtum, reperiebant se præteritos in primo gradu, ex quo filius fuerat institutus; & hoc respectu rũpebant testamentũ l. si á primo l. iii §. f. supra eod. & dictum fuit ś. Nec per interpretationem ex auctoritate Iurisconsultorum poterat conualidari: quia ex uerbis non poterat colligi, ꝙ. d. exhæredatio fuisset facta in primo gradu, in quo filius fuit institutus; & hac rõne fuit necessaria constitutio legis, que induceret istam interpretationẽ, ut saltem quó ad effectum impediendi, né dicti nepotes exhæredati rũpant testamentum, dicta exhæredatio intelligatur facta in primo gradu & á quocunq; hærede. Que interpretatio licet nõ possit colligi ex uerbis: tamẽ põt colligi ex eo, quia facta ob illã cãm necessitatis, né dicti nepotes ueluti præteriti rũpant testamẽtũ; & hac rõne uidetur facta ẽt in primo gradu, quia est ẽt necessitas illos exhæredãdi
12 á primo gradu. Deueniẽdo nũc ad interpretationẽ eius, quod dicitur per Scæuolã in isto §. est aduertendũ, ꝙ tex. in principio usq; ad uers. ergo si filiũ etc. nõ hẽt difficultatem: quoniã ponuntur uerba Scæuolæ referentis in sũma dictã dispositionẽ legis uelleiæ: Nám illa uerba. NVNC VIDEAMVS DE LEGE VELLEIA, QVE VOLVIT VIVIS NOBIS NATOS NON RVMPERE TESTAMENTVM. pertinent ad oẽs decisiões gis uelleiæ: Sẽsus.n. est, ꝙ lex uelleia uoluit, ꝙ per institutionẽ, uel exhæredationẽ isti nepotes, qui eẽnt nati tẽpore testa. excludãtur, né posint rũpere testamẽtũ: & pertinẽt ad quoscunq, nepotes, siue natos tẽpore testamenti, si ue nondũ natos, qui tamen nascerentur uiuis nobis. Solũ est aduertẽdũ, ꝙ principalis intentio legis uelleiæ tendit ad excludẽdũ ipsos nepotes á ruptella testamenti, ut denotãt illa uerba. QVE VOLVIT VIVIS NOBIS NATOS NON RVMPERE TESTAMENTVM. & §. seq. in his uerbis. NON VVLT LEX RVMPERE TESTAMENTVM. & in §. uidẽdũ. in his uerb. NON RVMPET. & in §. ille casus in his uerbis. INDVCERE NE RVMPATVR TESTAMENTVM. & ś ead. l §. quid si is. in his uerbis. POST LEGEM VELLEIAM, QVE MVLTOS CASVS RVMPENDI ABSTVLIT. non aũt uidetur pertinere principaliter ad prouidendũ dictis nepotibus ad eorũ cómodum & utilitatẽ, ut uigore.d.l. Velleiæ admittantur ad hæreditatẽ aui ex testamento in eo casu, in quo nõ fuissent admissi circumscripta dispositione d. legis: quia (ut dictum fuit) dispositio. d. legis Velleiæ magis pertinet ad exclusionem

NASCATVR. demonstrat, quod differentia inter istum & illum alium casum, de quo loquitur in his uerbis. SI NEPOS INSTITVATVR, QVO FILIVS NON SIT. cõsistat solũ in hoc; quia in isto casu agitur de nepote, qui nascitur uiuo auo, & in alio nõ agitur de isto nepote, sed de alio: & q in aliis nõ sit differentia; ita quod in utroq; casu præsupponitur filium extare tempore testamenti, & nepotem institutum sub conditione. si filius decesserit uiuo patre. & in utroque casu agitur de nepote, qui nascetur post mortem filii testatoris; sed quod solum in eo differunt: quia in alio agitur de illo nepote, qui non nascitur uiuo auo, sed solum post morteni, quo casu conditio de morte filii fuit adiecta ad denotãdum, quod institutio confertur in tempus, in quo filius non existat; & sic ad denotandum, quod nepos sit suus eo tempore, in quod confertur institutio: sed in isto agitur de nepote, qui nascitur uiuo auo, quo casu conditio de morte fuit adiecta ad denotandum, quod natiuitas filii sit collata in tempus, in quo nõ existat filius; & sic ad denotandum, quod nepos nascatur suus: non autem ad denotandum, quod sit suus illo tempore, in quod confertur institutio; Quod etiam multo clarius comprobatur ex uerbis subsequentibus. Et dum tex. dicit. QVID ENIM NECESSE EST TEMPVS FACIENDI TESTAMENTI RESPICI, CVM SATIS SIT OBSERVARI TEMPVS, QVO NASCITVR. hæc uerba exprimunt rationem eius, quod antea immediate dictum fuerat; & sensus horum uerborum est, quod quo ad effectum, ut possit colligi illa interpretatio, quod institutio de huiusmodi nepote facta sub conditione mortis filii, sit facta præcise & in specie in casu suitatis dicti nepotis: &. d. conditio adiecta ad denotandum, quod institutio sit præcise & in specie facta in d. casu; non esset necesse, quod respiciamus tempus faciendi testamẽti, idest, tempus illud, in quod confertur testamentum & institutio, (quod est tempus mortis testatoris,) uel aliud tempus adiectum in ipso testamento, uel institutione ut sit obseruatum, quod tunc temporis existat illa causa, seu qualitas suitatis in ipso nepote: sed sufficit obseruatum esse, quod adsit illa qualitas suitatis in ipso nepote tempore, quo nascitur: ex quo isto casu est etiam necessitas instituendi istum nepotem ad hoc, ne uti præteritus rũpat testamentum: (ut dictum fuit suprà) quẽadmodum subest. d. necessitas instituendi ipsum nepotem in casu, quo reperiatur suus in morte aui. Et aduerte, quia illa uerba. TEMPVS FACIENDI TESTAMENTI. non debent intelligi præcise de tempore, quo ordinatur testamentum: (pro ut intelligunt doct.) sed de tempore mortis testatoris; quoniam testamentum dicitur fieri per illam uoluntatem, que incipit in ordinatione testamẽti, & durat usque ad mortem. l. omnium. l. sis. C. qui testamen. facere possunt. non autem per illam tantum, que est dum ordinatur, & non durat: & etiam per ea, quæ statim suprà dicta fuerunt; quoniam in materia huius legis non habetur ratio suitatis, que existat in ipso nepote tempore, quo testamẽtum ordinatur: & ideo tex. noster non dixit de tempore facti testamenti: quia sic intelligeretur de tẽpore ordinationis testa. (quia ordinatio est de præterito) sed dixit de tempore faciendi testamenti ad declarandum, quod loquitur de tempore futuro post ordinationem testamenti. Et
29 dum tex. dicit. NAM ET SI ITA VERBA SVNT QVI TESTAMENTVM FACIET, IS OMNIS VIRILIS SEXVS, QVI EI SVVS HAERES FVTVRVS &c. In his uerbis ponitur ratio dubitandi, seu obiectum, quod uidebatur posse colligi ex uerbis legis uelleiæ, & tacita eius resolutio; & habent istum sensum. Quod quãuis uerba legis uelleiæ sint expressa de illo nepote, uel alio descendente, qui sit futurus suus: ita quod uideãtur denotare q in institutione huius nepotis exigatur aliquod uerbũ, quod exprimat hanc causam, seu qualitatem suitatis huius nepotis: & propterea, q non sufficeret si solum dicatur. Si uiuo me filius moriatur, mox ex eo nepos me uiuo nascatur. ex quo non fuit appositũ aliquod uerbũ exprimens cãm suitatis. d. nepotis: attamẽ ex præcedẽtibus colligitur, q sufficiat: ex quo fuit obseruatum, q in tempore natiuitatis nepos sit & nascatur suus & filius non existat; & propterea causa suitatis haberi debet, ac si esset expressa: quia colligitur in consequentiam eius, quod fuit expressum. l. prætor ait in principio ubi Bart. & alii not. ff. de noui. oper. nunciat. & quemadmodũ habetur pro expressa in casu, quo obseruatum fuit, quod in morte testatoris, in quod tempus conferebatur institutio, adesset in ipso nepote causa & qualitas suitatis. Et iuxtà prædictum sensum optimè & secundum propriam significationem stat litera, (NAM ET SI) pro

ut

ut communiter legitur: & non est opus exponere & impropriare illud uerbum. NAM ET SI. ut accipiatur pro certe, ut exponunt doct. Et aduerte, quia in uerbis legis Velleiæ, quæ refert Scæuola in fin. huius §. non ponitur ratio perfecta, sed imperfecta: uerum quia uerba. d. legis erãt referenda non ad denotandum, quod in forma institutionis constituta per legem Velleiam apponatur uerbum significans specifice causam & qualitatem suitatis. d. nepotis: propterea non fuit opus referre integram orationem & clausulam. Concludo igitur, quod decisio Scæuolæ in isto §. à uersicu. Ergo si filium. usque ad finem, consistat in eo, quod quamuis institutio de ipso nepote fiat solum sub hac forma. Si filius meus me uiuo moriatur, mox nepos me uiuo nascatur. & quàmuis non sit appositum illud uerbum. Suus hæres nascatur. quod tamen procedat institutio, & testamentum non rumpatur: & sic sumatur interpretatio, quod institutio sit facta præcise in casu suitatis & necessitatis; Que interpretatio est necessaria quo ad hoc, ut possit censeri facta in primo gradu, (ut prædictum fuit) pro ut sumeretur. d. interpretatio si esset appositum illud uerbum. Suus hæres nasceretur. per rationes, de quibus fuit dictum suprá declarando uerba tex. Et hic intellectus iuditio meo est uerus & secundum mentem Scæuolæ; & iuxtá istum intellectum litera procedit de plano & sine ulla difficultate, & absque ulla impropriatione. Attamen iuxtá istum intellectum Ego in pluribus discentio ab intellectu doct. Nám primo ipsi intelligunt, quod in uersi. Ergo si filium. Scæuola solummodo ponat exemplum primi capitis legis Velleiæ, qui intellectus (ut suprá dixi) non potest procedere. Ego uerò intelligo, quod inferratur ad decisionem unius quæstionis, de qua poterat esse dubitatio, an foret decisa, uel né per primum caput. l. Velleiæ; pro ut explicitè denotant hæc uerba, quibus utitur Scæuola, & illa uerba subsequentia, uidelicet. ET VERIVS DICENDVM EST &c. quæ uerba denotant, quod præcedens quæstio in præcedentibus uerbis esset in dubium reuocata. Secundó doct. intelligunt, quod tex. in uersi. Non solùm. declaret, quod in primo capite legis Velleiæ comprehendantur duo casus. Primus, quando mortuo filio tempore testamenti instituitur nepos. Alius, quando uiuo filio instituebatur nepos ex eo nasciturus suus uiuo auo: & consequenter præsupponunt, quod in his uerbis. QVID ENIM NECESSE EST &c. tex. dicat non esse necesse, ut iste nondum natus possit institui, quod esset futurus suus tempore testamenti si tunc natus esset, sed sufficit, quod sit suus tempore, quo nascitur. Et iste intellectus doct. nullo modo potest procedere: tùm quia præsupponit, quod decisio legis uelleiæ pertineat ad inducẽdum factionem testamenti in isto nepote nondum nato, qui non esset futurus suus tempore, quo ordinatur testamentũ (quod est falsum, ut sæpius suprá declaratum fuit:) tùm quia uidetur admodum uanum uelle intelligere, quòd in primo capite legis Velleiæ contineretur decisio in institutione nepotis nondùm nati, qui tempore testamenti teneret primum locum: attentó, quod ista decisio foret admodum superflua; quia nulla poterat esse dubitatio, quin procederet de iure xii. tab. institutio de dicto posthumo (etiam secundum doctores:) quia non erat alienus, sed suus: & quia non erat sub conditione de morte alterius: & quia non poterat dici facta nisi in primo gradu; & propterea. d. decisio etiam esset admodum impertinens ad materiã legis nostræ. Tùm quia ratio, quam ponit tex. in illis uerbis. QVID ENIM NECESSE EST &c. esset inepta duplici respectu. Primo, quia esset eadem cum dicto: quia perindé est, ac si dictum esset, quod non solùm per legem Velleiam fuit dispositum, quod nepos nondum natus possit institui quando est futurus suus tempore testamenti: sed etiam quando est futurus suus quando nascitur; ex quo non est necesse, quod sit futurus suus tempore, quo ordinatur testamentum: sed sufficit, quod sit futurus suus quando nascitur; & ulteriùs (secundum intellectum doct.) oporteret præsupponere, ꝙ istud uerbũ. ILLVD NOTAVERIT. & illa alia uerba. TEMPVS FACIENDI TESTAMENTI RESPICI. & illa. CVM SATIS SIT OBSERVARI TEMPVS, QVO NASCITVR. intelligantur quo ad effectum, ut inducat potentiam instituendi. d. nepotem & capacitatem in ipso nepote nondum nato: cùm tamen dicta omnia uerba uideãtur adaptari potiùs ad demonstrandum, quod colligi possit interpretatio institutionis d. nepotis, per quam fit, quod procedat institutio & intelligatur facta in primo gradu, & sit efficax ad impediendum, né talis nepos rumpat testamentum. Præterea iuxtá. d. intellectum,

tellectum, tex. faceret iſtam comparationem, uidelicet, quod ſicut ſuitas, que adeſt in nepote nondum nato tempore, quo ordinatur teſtamentum efficit, quod talis nepos poſſit inſtitui: ita etiam ſuitas, que reperitur in iſto nepote nondum nato tempore, quo naſcitur. Que tamen comparatio uideretur abſurda: quoniam ante legem Velleiam tempore Galli ſtante præſuppoſito doct. plurimum intererat inter unum & aliud caſum; quia in uno caſu erat in illo nondum nato capacitas & teſtamenti factio, ſed non in alio caſu; & quia (etiam omniſſo præſuppoſito docto.) erat etiam diuerſitas in eo: quia in uno caſu inſtitutio nepotis non includebat conditionem de morte filii, (quia erat prædefunctus, & uerba indicabant, quod erat facta in primo gradu:) ſecus autem in alio caſu: igitur etc. Et quod magis eſt, attento intellectu doct. Scæuola non probaret illationem, quam facit in uerſi. ergo ſi filium. quamuis illam reuocet in dubium, ut demonſtrant illa uerba. ET VERIVS DICENDVM EST &c. Cum tamen quæſtio propoſita per eum in aliquo uideatur diferre a deciſione, de qua in primo capite legis Velleiæ: & quia (ut etiam dictum fuit ſupra) iuxta intellectum doct. interpretatio Scæuolæ eſſet omnino ſuperflua; quia uideretur eſſe de eo tantum, quod expreſſa uerba legis Velleiæ ſignificant: & ideo non eſt recedendum ab intellectu, quem ſupra dedi, per ea, quæ ſupra dicta fuerunt. Conuenio tamen cum doctoribus in aliquibus. Primo in eo dum intelligunt tex. in uerſi. ut non ſolum. in illo uerbo. VERVM SI VIVO PATRE NASCATVR. quod ibi loquatur de auo ipſius nepotis, & ſic de patre reſpectu filii, qui filius erat pater nepotis: nec aliter poteſt intelligi tex. noſter. Et ſi dicatur, quod tex. debeat intelligi de patre nepotis; quia in hac clauſula loquitur ſolum de nepote, non autem de filio; (pro ut dicebant. Azo. & Vgolin.) & idcirco intelligebant hanc clauſulam pertinere ad deciſionem ſecundi capitis legis Velleiæ, uel ad prouiſionem Iuliani, de qua in §. ille caſus. Reſpondetur, quod ideo tex. noſter, quamuis uoluerit loqui de ipſo teſtatore, & ſic de auo nepotis: non propterea tamen dixit. Viuo auo naſcatur. ſed ſolum. VIVO PATRE. ut denotaret, q loquitur in caſu quæſtionis propoſitæ, de eo uidelicet, qui habet filium & inſtituit nepotem ex eo ſub conditione. Si filius uiuo ſe decedat, mox nepos uiuo ſe naſcatur. nam quia uoluit intelligi inſtitutionem factam ſub illa conditione. ſi filius &c. idcirco utitur uerbo. PATRE. ad denotandum perſonam ipſius teſtatoris, ut ſic dicatur pater reſpectu filii, de quo uoluit ſubintelligi conditionem. Conuenio etiam cum doct. circa expoſitionē illorū uerborū, de quibus in fine huius §. uidelicet. IS OMNIS VIRILIS SEXVS, QVI EI SVVS HÆRES FVTVRVS EST &c. ut poſſint intelligi de aſcendente ex uirili ſexu, qui faciet teſtamentum: ad differentiam aſcendentis ex ſexu fæmineo, qui faceret teſtamentum, ad quos non poteſt pertinere prouiſio Galli, nec prouiſio legis uelleiæ, cum non habeant ſuum hæredem, & eorum præteritio habeatur pro exhæredatione §. mulier inſt. de exhæred. lib. Poſſunt etiam intelligi de deſcendentibus ex uirili ſexu ad excluſionem deſcendentium ex filia. ita ut (ſecundum primum intellectum) iſta uerba habeant iſtū ſenſum; Quod aſcendens uirilis ſexus, qui faciet teſtamentum poſſit concipere inſtitutionem nepotis, uel alterius deſcendentis nondum nati, ſub hac forma. Qui mihi ſuus hæres futurus eſt, hæres eſto. & ſecundum alium intellectum habent iſtum ſenſum; Quod omnis, qui faciet teſtamentum poteſt ita inſtitutionem facere; Omnis uirilis ſexus, ideſt, omnis deſcendens ex uirili ſexu, qui mihi ſuus hæres futurus eſt, hæres eſto. & ſic includebant filium & nepotem ex filio: quia licet ſit fæmina, dicitur tamen deſcendere ex uirili ſexu.

Tractant etiam doctores, An & quando in contractibus, uel teſtamentis, uel ſtatutis appellatione deſcendentium ex uirili ſexu, uel linea maſculina contineatur filia, uel neptis ex filio; & an ueniat maſculus deſcendens ex fæmina: & ſimiliter tractant poſt Barto. hic de eo, an nepos ſpurius ex filio naturali & legitimo poſt mortem filii poſſit ab auo legitimari, & an ita legitimatus rumperet teſtamentum ſi eſſet præteritus; Quæ cum non pertineant ad interpretationem legis noſtræ: propterea reſeruantur pertractanda infra in quæſtionibus.

Sequitur §. etiam ſi parente.

x *In hoc tex. Scæuola refert prouiſionem leg. Velleiæ in ſecundo cap. & effectum ipſius legis.*

z *Intentio Scæuolæ in illis uerbis.* ET ITA INTERPRETANDVM EST.

3 *Intētio eiusdē Scæuolæ in illo uer. & uerba benè se habēt.*
4 *Intellectus uersi. nec solùm.*
5 *Exhæredatio nepotis instituto pronepote quomodo in casu huius § de iure fieri potuerit, ut sit ualida.*
6 *Ratio & intellectus Bar. communis reprehenditur.*
7 *Ratio Iasonis confutatur.*
8 *Vera ratio redditur, ac uerus subiicitur intellectus.*

TIAM SI PARENTE. Quantū ad sensum literæ non uidetur ulla difficultas in tex. nec ulla potest esse dubitatio de eo, quod intendit decidere Scæuola in isto. §. Quoniam clarum est, ꝙ uerba primæ partis ostendunt claré, ꝙ in hac prima parte intēdit referre (prout refert) effectum decisionis secū di capitis legis uelleiæ, que ē; Quód nati uiuo parente succedentes in locum liberorum nō rumpant testam. Solúm est annotandum, ꝙ licet tex. in hac prima parte non uideatur explicité loqui de natis tempore testamenti: sed de his, qui nascuntur uiuo parente, & qui succederent in locum liberorum; tamen non potest esse dubitatio, quin loquatur de descendē tibus natis tēpore testamēti: Túm quia istud colligitur ex exēplo, quod statim subdit Scæuola: Túm quia istud expresé dicitur in §. ille casus. Et quia etiam dúm tex. hic nō loquitur de his, qui nascuntur post testamentum, colligitur, ꝙ loquitur de his, qui erant nati tempore testamenti: Et licet etiam hic non dicatur, quo casu lex uelleia non uult istos rumpere testam. tamen clarum est, ꝙ non uult, ꝙ rūpant in casu, quando sunt instituti sub conditione. si filius & alii liberi, qui præcedūt decesserint, uel aliter sui hæredes esse desierint. Hoc. n. manifesté colligitur ex exēplo, quod statim subdit Scæuola, & ex eo, quod dicitur in uersi. & benè uerba se habēt. & in principio. § seq. ubi referuntur uerba legis uelleiæ, & in pluribus aliis locis. Quinimò etiam aperté colligitur ex prima parte: nám dúm loquitur per hanc dictionem implicatiuam, uidelicet. ETIAM SI PARENTE &c. denotatur, ꝙ loquitur in casu, de quo dictum fuerat in præcedenti §. in quo dictum fuit de instōne nepotis sub conditione. si filius uiuo testatore decederet. ita quód sensus est, quód lex uelleia nō uult, istos nepotes institutos (quámuis nascantur uiuo parente) succedentes in locum liberorū rum pere testā. Et similiter est annotandū, ꝙ intētio. l. uelleiæ in isto secundo capite dirigitur solúm ad prohibendū, nè isti descendentes sub d. forma instituti rumpant testam. ut explicité sonant uerba huius primæ partis, & tex. in

2 § ille casus: & dictū fuit. s. in § præcedenti. Similiter clarum est, quód uerba secūdæ partis, que incipit. ET ITA INTERPRETANDVM EST &c. ostendunt, quód Scæuola intendit per interpretationem extendere decisionem huius secundi capitis legis uelleiæ ad institutionem pronepotis iám nati, que fieret sub conditione. si uterq;, uidelicet, & filius, & nepos uiuo testōre decesserint. Et licet doc. dicant, quód ista interpretatio Scæuolæ solū pertineat ad declarandum per exemplū decisionem secundi capitis; tamē iuditio meo pertinet etiā ad extendendū dictam decisionem ultrá id, quod uerba exprimunt: quoniā licet uerba legis uelleiæ loquerentur solùm de institutione sub conditione de morte unius, uidelicet, filii tantūmodo, (si instituitur nepos) uel nepotis: (si instituitur pronepos:) nō tamē loquebatur de instōne sub conditione. si uterque, uidelicet, & filius & nepos decesserint. Quam interpretationem facit etiam Scæuola. s. in § idem credendum. circá prouisionem Galli. (pro ut ibi fuit declaratum, & ibi etiam fuit assignata ratio dubitandi.)

3 Eodem modo est indubitatū, quód uerba tertiæ partis, que incipit ibi. ET BENE VERBA ITA SE HABENT &c. ostendūt expresé, quód Scæuola intendit declarare, non esse necesse, ꝙ fiat per eum aliqua additio, uel supplettio in formula instōnis, de qua in dispositione legis quó ad casus, per quos filius, uel alius liberorū desinat esse suus: ex quo uerba, de quibus in formula constituta per legē uelleiā, sunt generalia ad quoscunq; casus. Et in hoc præsupponitur, ꝙ si instō fiat in uno casu pertinente ad formā legis uelleiæ, extenderetur etiā ad quoscunq; alios casus, per quos aliquis liberorum desineret esse suus hæres, & qui continentur in d. formula. (ut declaratum fuit. s. in §. &

4 quid si tantúm.) Eodem modo euidenter apparet, quód uerba ultimæ partis, que incipit ibi. NEC SOLVM NEPOS &c. & usq; ad fi. ostendunt, ꝙ Scæuola in hac parte intendit demōstrare, ꝙ qō per eū proposita & decisa de instōne pronepotis sub illa cōdōne. si uterque, uidelicet, filius & nepos decesserint. procedat nō solū in casu, quo nepos decedat uiuo patre suo, uidelicet, filio testatoris: uerū ē t in casu, quo nepos superuixerit patri suo, & deinde decedat uiuo testatore, (dummodo in isto ultimo casu nepos fuerit institutus, aut exhæredatus) in qua decisione præsupponit duo. Primū, ꝙ iste nepos si eēt præteritus rūperet

testamentum, ubi superuixit patri; non obstã te, quo'd sit positus in conditione una' cum filio in institutione huius pronepotis. Aliud ẽ, q̃ procedat exhæredatio huius nepotis in casu institutionis huius pronepotis sub d. condi tione, si uterque, uidelicet, si filius & nepos decesserint uiuo testante. Ita quo'd (ut dixi) de prædictis nulla potest esse dubitatio. Verũm quia (ut diximus in §. præcedenti) in casu huius secundi capitis lex Velleia non permittit institui, sed solũm uetat, ne' testamentum rumpatur; ideo' eẽt uidendum de rõne prædictorũ: & similiter propter quã rationẽ fuerit necessaria auctoritas, seu constitutio legis ad inducendũ prouisionem huius secundi capitis; de quibus dictũ fuit in §. præcedenti. & dicetur etiam. infra' in §. ille casus. Dubitant etiam doct. quare in casu decisionis huius tex. quando instituitur pronepos sub conditione. si filius & nepos decesserint uiuo testatore. nepos, qui est positus in conditione non habeatur pro instituto quo' ad effectum, ne' uti præteritus rumpat testamẽtũ: Sed de hoc supra' dictum fuit in §. idem credendum. & infra' in quæstionibus explicabitur. Dubitant etiã de ratione, quare præteritione huius nepotis in casu huius tex. rumpatur testamentum; cũm tamen uideretur dicendum, q̃ testamentum reconualescat ex eo, quia nepos præteritus decesit uiuo auo testatore; & institutus fuerat pronepos, qui ab intestato mortuo nepote succederet illi auo: per l. posthumus. uersicu. idem & circà. infrà. tit. i. De quo etiam dictum fuit. ſ. in. §. idem credendum. et dicetur infra' 5 in quæstionibus. Dubitant ulteriùs, quomodo data institutione pronepotis sub conditione. si filius & nepos uiuo testatore decesserint. possit procedere exhæredatio de ipso nepote: (ut præsupponitur in tex.) attẽto' quo'd uidetur facta post mortem ipsius nepotis, igitur debet esse inualida; prout propter dictam rõnem dicitur inualida exhæredatio facta de filio primi gradus, utſ in §. in omnibus. & in l. si ita scriptum §. fi. ſ. eo. & cùm in uita ipsius nepotis exhæredatio de illo facta nõ possit per additionem pronepotis cõfirmari, pro ut requiritur. l. filium. §. sed cùm exhæredatio. infra'. de contrab. l. Papinianus §. si conditioni. ff. de inoffic. testam. Ad quam duobus modis 6 respondent doct. Et primo', q̃ tex. iste debet intelligi, quando cum filio eẽt institutus alius cohæres in primo gradu, per cuius additionẽ posset cõfirmari exhæredatio huius nepotis. & ita respondent Cumã. Pau. Bexutius. Aret. & Soc. hic: & in hac responsione præsupponunt, q̃ licet eueniente casu, quo'd nepos moriatur in uita aui testatoris, eius exhæredatio non confirmaretur per additionem alterius cohæredis extranei: quia tamen ita facta fuit institutio de dicto cohærede, ut per eius additionẽ in uita nepotis posset eius exhæredatio confirmari quando superuiueret post auũm; idcirco' efficit, q̃ d. exhæredatio non dicatur facta post mortẽ: Quod nõ põt efficere institõ de ipso pronepote facta sub condõne. si filius & nepos decesserint uiuo auo. quia nullo casu per eius additionẽ. d. exhæredatio posset confirmari quando nepos superuiueret auo: quia in d. casu euanescit institõ pronepotis per defectũ conditionis. Ista tamen solutio & intellectus non placet: Tum quia diuinat & restringit decisionẽ tex. nostri ad casum, quãdo filius esset institutus in parte, & in alia parte haberet cohæredẽ: (qui tex. tamen simpliciter & absolutè loquitur nulla facta mẽtione cohæredis) Præterea illa attẽta ẽt tex. in §. in omnibus. (dũ loquitur de exhæredatione filii, & dicit, q̃ eẽt inualida) de necesitate esset limitandus ad casum, quando non sit alius cohæres institutus: cùm tamen (ut ibi dictum fuit) tex. ille præsupponat, q̃ quocunq; casu exhæredatio filii eẽt inualida; Et negari non põt quin tex. iste iuncto tex. in d. §. in omnibus. constituat differentiã inter exhæredationẽ filii, (quando instituitur nepos secundũ formã Galli, uel legis uelleiæ) & exhæredationem nepotis (quando filius & pronepos instituitur sub condõne, de qua in tex. nostro, uidelicet. si filius & nepos 7 decesserint.) Alio modo respondet Iaſ. hic, uidelicet, q̃ tex. noster loquatur, quãdo nepos nõ sit positus in cõdõne institõnis de ipso pronepote: sed tantùm filius fuit positus in cõditione; & ideo' exhæredatio de dicto nepote indistinctè est ualida: quia dicetur facta ẽt in uita ipsius nepotis & etiam in casu, quo nepos superuiuat auo: quia per additionẽ pronepotis in uita nepotis dicta sua exhæredatio potest confirmari. Quinimo' (secundum eum) ẽt sine additione propter suitatẽ. d. pro nepotis confirmaretur exhæredatio nepotis: argumento, tex. in l. qui in aliena §. interdum. ff. de acqui. hæreditate. Sed nec ẽt iste intellectus põt procedere: tùm quia est cõtrà' tex. nostrum, qui expresè loquitur in eodẽ casu, de quo suprà' dictũ fuerat, uidelicet, quãdo institõ pronepotis erat sub illa conditione. si uterque dece-

decederet. Tum quia quando extat filius & nepos non procederet institutio de ipso pronepote iuxtá formam secundi capitis. l. Velleiæ ii fiat solùm sub conditione de morte filii, nisi etiã addatur conditio de morte nepotis; quia aliás nõ posset dici facta in casu suitatis ipsius pronepotis, nec conditio de morte filii posset dici adiecta ad denotandum, quód institutio pronepotis sit præcisé & in specie facta in casu suitatis. d. pronepotis. (ut etiam declaratũ fuit suprá in §. idem credendum.) Et hoc est ẽt de mente tex. nostri, dúm dicit, quód ubi quis habet filium & nepotem & pronepotem, potest instituere pronepotem sub conditione. si uterq; decesserit. igitur á contrario sensu præsupponitur, quód non procederet eius institutio, si cõditio esset de morte alterius tantum modo; Nec possumus dicere, quód exhæredatio nepotis efficiat, quód nepos efficiatur suus statim post mortem filii: quia hoc est falsum, cúm possit præteriri. l. posthumus &. l. si filium. in principio suprá eodem &. l. si quis filio exhæredato. infrá titu. i. Nec pro resolutione potest dici, quód pronepos sit saltẽ suus in casu, quo sit institutus, per tex. in d. l. qui in aliena §. interdum. ex quo etiam ꝙ admitteremus istud; non ideó tamen posset procedere interpræratio, quód eius institutio esset facta ob casum suitatis. d. pronepotis & necessitatis, né uti præteritus rumpat testamẽtum: ex quo præteritus non rumperet, & suitas inducitur ex eo, quia reperitur institutus. Præterea non est uerum, ꝙ pronepos institutus uiuente nepote exhæredato, efficiatur suus hæres; quidquid dicat Iaso. hic, & doct. in d §. interdum. nec hoc dicitur in illo tex. Solúm dicitur, ꝙ ipse pronepos, ex quo est in potestate efficitur necessarius hæres, & quód faciet patrem suum exhæredatum hæredem necessarium; non autem, quód dicatur suus hæres, seu ꝙ faciet patrem hæredem suum auo testatori. (ut latiús declaraui in l. si filius qui patri. infrá de
8 uulg.) Postpositis, quæ dicant alii concludo, quód ratio, propter quam non procedat exhæredatio de ipso filio ubi nepos instituitur sub conditione. si filius uiuo patre decederet. ea est: (ut dicitur in d §. in omnibus. & in d. l. si ita scriptum §. f. suprá eod.) quia uidetur facta post mortem. E contrario autem ratio, propter quam procedat exhæredatio de isto nepote, de quo loquitur Scæuola in casu huius §. ea est; quia non potest uideri facta post eius mortem. Difficultas solúm consistit in eo, quare magis in casu institutionis nepotis sub conditione. si filius decesserit uiuo patre. exhæredatio filii cẽseatur facta post mortem, quám censeatur facta exhæredatio de ipso nepote in casu institutionis huius pronepotis sub conditione. si filius & nepos decesserint uiuo auo. Circà quod dico rationem esse in prõptu: quia in primo casu institutionis nepotis sub illa conditione. si filius decesserit uiuo patre testatore, & filius sit exhæredatus. institutio. d. nepotis non potest habere alium intellectum, quàm institutionis in primo gradu. Non enim potest habere intellectum substitutionis: ex quo non potest nepos dici substitutus filio: quia filius non est institutus, sed exhæradatus; non etiam potest dici substitutus aliis cohæredibus, qui essent instituti cum ipso nepote: ex quo ipsi non sunt positi in conditione institutionis de dicto nepote: & ideò sequitur, quòd necessariò exhæredatio de dicto filio dicetur facta post eius mortem: Et istud duplici respectu. Primo, quia cùm institutio huius nepotis nõ habeat intellectũ substitutionis factæ in secundo gradu, sed solúm institutionis factæ in primo; sequitur, quód non aliter poterit habere effectum nisi contingat, quód filius decedat, uel uiuo patre desinat esse suus: ita quód existentia filii pænitus & omninó excludit institutionem de d. nepote: Vndé sequitur, quód donec filius existit & permanet suus hæres, non potest dici exhæredatus ab ipso nepote, quia impossibile est, ꝙ dicatur exhæredatus ab eo, donec per eius existentiam ipsum excludit: & cõsequenter in quantum exhæredatio censetur facta ab ipso nepote, sequitur ꝙ sit inualida: & similiter, ꝙ ẽt sit inualida in quantũ censetur facta á cohæredibus. d. nepotis: quoniã exhæredatio nõ põt eẽ ualida nisi sit facta ab omnibus hæredibus scriptis in primo gradu. l. iii §. f. & ibi notatur s eod. (ut fusiús fuit declaratũ in §. in omnibus.) Alia rõ est, quia cũ nõ possit institutio huius nepotis uerificari, nisi contingat mors filii in uita testatoris; & cõsequenter nõ possit per additionem ipsius nepotis ex sua institutione exhæredatio de ipso filio in eius uita confirmari; sequitur, ꝙ ab ipso nepote nõ dicetur exhæredatus nisi põt mortẽ: & quãuis possit exhæredatio cõfirmari per additionẽ cohæredũ, qui essent instituti unà cũ nepote: attamen talis cõfirmatio operatur solũ, ut quatenus cẽsetur exhæredatio facta ab ipsis cohæredibus, nõ uideatur facta post mor-

tem filii: sed non operatur, q̃ non censeatur facta post mortem filii inquantum censetur facta ab ipso nepote instituto; & istud sufficit ad uitiandum d. exhæredationem in totũ. d. l. iii. §. filius. & hoc est, quod præsupponit tex. in d. §. in omnibus. & in d. §. si ita scriptum. Aliud est in exhæredatione nepotis in casu institutionis de isto pronepote, sub conditione. si filius & nepos decesserint uiuo auo. nám ex quo filius fuit institutus, sequitur q̃ institutio huius pronepotis habeat non solúm sensum & intellectum institutionis in primo gradu in casu, quo filius & nepos decesserint uiuo auo: uerúm etiam substitutionis in secundo gradu quocunque casu deficiat institutio de ipso filio: (ut dictum fuit s̃ in principio, circá uerbum. INSTITVI. & s̃ in §. & quid si tantúm. & in §. in omnibus.) & consequenter nõ posset dici, q̃ exhæredatio huius nepotis uideatur facta post eius mortẽ: nám quatenus censetur facta a filio instituto, & ab aliis cohæredibus ipsius filii, est clarum, q̃ nõ potest dici facta post mortem: quia nepos non est positus in conditione, ut per eius existentiam excludat institutionem de ipso filio & eius cohæredibus: & quia exhæredatio prædicta inquãtum cẽsetur ab ipsis facta, per eorum additionem potuit confirmari in uita ipsius nepotis exhæredati. Solúm quis posset dubitare, an possit censeri facta post mortem in quantum cẽsetur facta ab ipsis pronepotibus, seu á secũdo gradu, in quo pronepos fuit institutus. Et si tenemus opinionem, q̃ omninó deficiat institutio. d. pronepotis quotiens superuiuat iste nepos exhæredatus; necessariò fatẽdum esset, q̃ inquantum censetur facta ab ipso pronepote, uideatur facta post mortem, & consequenter, q̃ sit inualida: quia per eius existentiá nepos excludit substitutionem de ipso pronepote: & quia nunquám in uita nepotis potuit cõfirmari exhæredatio sua per additionẽ. d. pronepotis; adeó, q̃ si hæreditas deuolueretur ad secundum gradum substitutionis huius pronepotis per mortem filii, omninó rumperetur testá. propter præteritionem huius nepotis. Si uerò tenemus, quód non deficiat omninó institutio de dicto pronepote quámuis superuiuat nepos, (quia licet deficiat inquãtum habeat uim institutionis factæ in primo gradu: non tamen deficit inquantum habet sensum & intellectũ institutionis in secundo gradu; tanquam quód illa conditio. si filius & nepos decesserint. faciat solúm conditionem in quantum censetur institutio in primo gradu, sed non inquantum censetur substitutio in secundo gradu: quia in quantum censetur substitutio in secundo gradu, extenditur & porrigitur ad omnem casum, in quo deficiat institutio filii, ut sæpius fuit suprá declaratum) tũc nullo mõ exhæredatio de isto nepote inquantum censetur facta á secundo gradu substitutionis, & ab ipso pronepote ueluti substituto, posset dici facta post mortem: ex quo sua perexistentia. d. nepotis non excluderet. d. substitutionem de ipso pronepote, dummodo deficiat institutio de ipso filio: & etiam in uita huius nepotis sua exhæredatio posset confirmari, quando uidelicet, deficeret institutio filii, & pronepos uti ex substitutiõe in secũdo gradu uellet adire hæreditatem. Et prædicta iuditio meo præsupponit tex. noster, dúm simpliciter & indistinctè dicit; quód exhæredatio de isto nepote in casu, de quo loquitur, procederet, & quód non censeatur facta post mortem nepotis: & hoc nulla habita ratione, an sint alii hæredes instituti, necne. Et hoc modo declarando, tex. iste plurimũ facit pro illa opinione, quam firmaui. s̃. in principio, & in §. & quid si tantúm. Et prædicta comprobantur ex pluribus aliis, quæ dicemus infrá in § ille casus. & in §. fin.

Tractant etiã doct. hic post Bar. An & quãdo istud uerbum. SVIS HAEREDIBVS. prolatum in dispositione inter uiuos, uel ultimæ uolũtatis intelligatur solúm de descendẽtibus suis hæredibus, & quando intelligatur etiã de extraneis hæredibus: & similiter quãdo intelligatur de quibuscunque hæredibus in infinitum; an uerò de primis hæredibus. Sed quia ista non pertinent ad interpretationem legis nostræ, reseruantur pertractãda infrá cum cæteris quæstionibus.

Sequitur §. Videndum.

1 *Litera huius tex. & rationes allegatæ per Scæuolam quomodo adaptentur & adaptari possint ad quæstionem propositam.*

2 *Verba illa.* LIBERI ET CAETERI. *quos comprehendant, secundum communem intellectum.*

3 *Communis interpretatio reijcitur.*

4 *Declaratio Bar. non admittitur.*

5 *Intellectus Iason. reprehenditur.*

6 *Alia ponitur noua & uera declaratio.*

7 *Declaratio illorum uerborum.* POSSIT PER INTERPRETATIONEM INDVCI, VT SI FILIVM HABENS &c.

8 *Intellectus illorum uerborum.* NIHIL ENIM ADDIDIT *&c. usque ad finem, iuxtà communem intelligentiam non potest procedere.*

9 *Alius redditur nouus & uerus intellectus.*

10 *Dictiones* NISI, *&* LICET, *positæ in textu in quem sensum accipiantur & intelligantur.*

11 *Vtrum de iure antiquo antè prouisionem Velleii nepos in casu, de quo loquitur tex. iste, potuisset institui uel secundum præsuppositа doctorum, uel secundum nouas considerationes.*

VIDENDVM. Quia clarum est, quo'd in isto § ponitur decisio, quòd ex secundo capite legis Velleiæ per interpretationem deciditur, quo'd procedat institutio nepotis nondùm nati sub conditione. si filius uiuo testatore, uel post eius mortem moriatur apud hostes antequàm reuertatur. quo'ad effectum, ne' rumpat testamentum; quæ decisio includit alia duo. Primum, quòd ex uerbis legis Velleiæ istud non decidatur: sed solùm ex sententia mediante interpretatione. Aliud, quo'd de iure antiquo antè legem Velleiam nõ procederet ista decisio, nec prædicta institutio, quo'ad effectum impediendi, nè iste nepos rũpat testamentum: Propterea omnis difficultas circa' intellectum & interpretationem præsentis §. redducitur ad duas difficultates. Prima consistit in declaratione literæ, & in declarando quomodo rationes, quibus utitur Scæuola adaptentur ad propositam quæstionem. Alia consistit in declarando, quare ista decisio & institutio non procederet de iure antiquo
1 antè legem Velleiam. Circa' primã difficultatem respondetur, quòd quantum sit ad illa uerba. VIDENDVM NVM HAC POSTERIORE PARTE. SI QVIS EX SVIS HÆREDIBVS SVVS HÆRES ESSE DESIERIT: LIBERI EIVS, ET CÆTERI IN LOCVM SVORVM SVI HÆREDES SVCCEDVNTO. nulla est dubitatio: quoniam clarum est. quo'd ista uerba legis Velleiæ habent istum sensum; Quo'd testator potest concipere institutionem sub. d. forma; & illud uerbum. SVCCEDVNTO. potest dici positum in lege, uel ad denotandum uerbum, quo debeat uti testator, uel quo'd sub tali forma fieri debeat institutio.

2 Reuocant quidem in dubium doctores occasione illius uerbi. LIBERI EIVS ET CÆTERI. quæ personæ denotentur per illud uerbum. CÆTERI. Circa' quod sunt plures
3 opiniones. Nam aliqui dicunt, quo'd deonet nepotes & alios ulteriores descendentes illius, qui desiit esse suus in uita aui testatoris ultra' eius filios; & intelligunt, quo'd illud uerbũ LIBERI. in tex. nostro accipiatur solũ pro filiis primi gradus: quia licet omnes descendentes contineantur appellatione liberorum. l. quo'd si nepotes. ff. de testam. tu. l. liberorum. infra' de uerbo. signifi. tamen ne' illud uerbum CÆTERI. sit superfluum, intelligitur limitatè de ipsis filiis. Et hanc opinionem sequuntur communiter doct. ut hic attestatur Iaso. sed ista prima responsio patitur hanc difficultatem, uidelicet, qua ratione tex. uoluerit ponere illud uerbum. LIBERI. limitate' pro filiis, ut sic posset addere uerbum. CÆTERI. cùm tamen satis fuisset dicere. LIBERI.
4 Alia fuit opinio Bart. hic, quo'd illud uerbũ. CÆTERI. denotet alios descendentes usq; ad trinepotes. l. Iurisconsultus § parentes. ff. de gradibus. quod etiam dixit Barth. in. l. liberorum. in ultima col. Sed nec ẽt ista responsio est tuta (ut hic dicit Iaso.) Tũ quia appellatio liberorum se extendit ad omnes descendentes in infinitum. l. sed si hac §. liberos il secondo. ff. de in ius uocand. & d. l. liberorum. & quia descendentes testatoris ultra' trinepotes non possunt pertinere ad institutionem, que fiat secundum formam legis uelleiæ, aut Galli: quia uix potest contingere, quo'd sint concepti in uita testatoris; Non enim uita testatoris potest se extendere usque ad conceptionem trinepotis ex eo. Aliter respõdet Ias.
5 quo'd uerbum. LIBERI. denotat descendẽtes testatoris in infinitum: sed uerbum. CÆTERI. denotat illos, qui nõ sunt uere' & naturaliter liberi; tamen efficiuntur sui per adoptionem, uel legitimationem: qui etiam uidẽtur pertinere ad institutiones, quæ fiunt iuxta' formam Galli, uel legis uelleiæ; ut per doct. supra' in §. forsitan. & per Bart. supra' in §. nunc de lege. ad fin. sed nec etiam ista responsio potest procedere: quia isti, qui efficiuntur sui per adoptionem, uel legitimationem nõ possunt pertinere ad dispositionem Galli, nec legis uelleiæ, nec etiam Iuliani: quoniam pertinet solùm ad illos nepotes, uel pronepotes, qui nascuntur, uel efficiuntur sui per mortem filii testatoris, uel alterius, qui successerit in locum filii. (ut dictum fuit supra' in §. forsitan).
6 Ego concludo, quo'd in tex. nostro illud uerbũ. LIBERI. denotet filios eius, qui desiit esse suus: illud autem uerbum. CÆTERI.

deno-

denotat alios descendentes. Et ratio, quare in tex. nostro illud uerbum. LIBERI. sit positũ ad denotandũ solum filios, (quámuis ex propria significatione denotet omnes descendentes. d. l. liberorũ. d. l. si nepotes) est; quia hic dicitur de liberis eius, qui desiit esse suus ad differentiam eorum, qui sunt liberi alterius descẽdentis ab illo, quámuis etiam sint de liberis ipsius, qui desiit esse suus: nám nepos, qui desiit esse suus, licet sit de liberis ipsius testatoris: est tamen etiam de liberis filii. Dúm igitur ego uolo dicere liberos illius, qui desiit esse suus ad differentiam eorum, qui sunt etiam de liberis descendentis ab eo: necesse est, quód intelligatur solũ de filiis. Et ratio (quare tex. uoluit dicere de liberis illius, qui desiit eẽ suus ad differentiam eorum, qui sunt etiam de liberis alterius sui descẽdentis) est in prõptu: quia si dixisset simpliciter de liberis illius, qui desiit esse suus, esset dubitatio, an pronepos (casu, quo nepos moritur anté filium) comprehendatur, uel né: quia licet sit de liberis filii mei, qui desiit esse suus; est tamen etiam de liberis nepotis mei, qui nunquam desiit esse suus: ex quo nunquam fuit suus; Et ad tollendum istam dubitationem uoluit dicere de liberis eius, qui desiit esse suus ad differentiam eorum, qui sunt etiam de liberis alterius sui descendentis, quos exindé uoluit includere sub illo uerbo. ET CÆTERI. in quo uerbo uoluit includere illos alios descendentes, qui sunt de liberis alterius, qui descendit ab eo, qui desiit esse suus.

7 Quantum etiam ad illa uerba. POSSIT INTERPRETATIONE INDVCI, VT SI FILIVM APVD HOSTES HABENS, NEPOTEM EX EO INSTITVAS: NON TANTVM SI VIVO TE FILIVS DECEDAT, SED ETIAM POST MORTEM ANTEQVAM AB HOSTIBVS REVERSVS FVERIT, SVCCEDENDO NON RVMPAT. nulla etiam est difficultas: quia clarum est, quód in his uerbis proponitur quæstio de eo, an ex interpretatione huius secundi capitis legis Velleiæ possit induci, quód procedat institutio de nepote ex filio captiuo apud hostes sub condi-
tione. si uiuo testatore, uel post eius mortem filius decesserit apud hostes antequam fuerit reuersus. quó ad effectũ, ut nepos iste eo mo-
do institutus nõ rumpat testamentũ. Solúm annotandum est, quód dúm tex. ponit quæ-
stionẽ de eo, an possit per interpretationẽ in-
duci, præsupponit, q̃ ex uerbis nõ inducitur: sed solúm ex sentẽtia; & dúm tex. dixit. NON TANTVM SI VIVO TE FILIVS DECEDAT. uoluit denotare, quód in casu isto nulla esset dubitatio, quin tunc ex uerbis secũdi capitis legis Velleiæ quæstio decideretur: sed quód dubitatio solúm existat in alio casu, quando moritur apud hostes post mortem testatoris. Et dúm tex. dixit. SVCCEDENDO NON RVMPAT. uoluit denotare, quód dubitatio non sit de eo, an talis institutio habeat in omnibus uim & efficaciam institutionis: sed solúm de eo, an habeat efficatiam institutionis quó ad effectum, ut impediat, né is nepos possit uti præteritus rumpere testamentum. Et ratio est euidens: ex quo decisio secundi capitis legis Velleiæ est solúm de eo, an institutio procedat quó ad effectum excludendi istum nepotem á ruptela testamenti.

8 Quantum ad alia uerba. NIHIL ENIM ADDIDIT, QVO SIGNIFICARET TEMPVS. & illa alia subsequentia. NISI QVOD (LICET AVDACTER) POSSIS DICERE VIVO PATRE HVNC SVVM HAEREDEM ESSE DESIISSE: LICET POST MORTEM DECEDAT; QVIA NON REDIT, NEC POTEST REDIRE. est maior difficultas. Doct. enim intelligunt, quód in his uerbis ponatur duplex ratio prædictæ decisionis, uidelicet, quare procedat ista institutio, quámuis filius decesserit post mortem patris: & prima ponatur in illis uerbis. NIHIL ENIM ADDIDIT, QVO SIGNIFICARET TEMPVS. quorum uerborum sensus est, (secundum doct.) quód ex quo in secundo capite legis Velleiæ non est additum aliquod uerbum, quod significet tempus, in quo ille suus hæres desinat esse suus, an uiuo patre, an uerò post mortem; quód ideó uideretur comprehendere istum casum, in quo filius desiit esse suus post mortem: quia debẽt intelligi generaliter. l. de prætio. ff. de publician. l. i §. & generaliter. ff. de lega. præstan. & consequenter ista quæstio uidetur decisa ex uerbis secundi capitis. Subdunt tamen, quód tex. facit transitum ad secundam rationem, quia prima non uidebatur tuta; attentó, quód in secundo capite huius legis de necesitate includebatur tempus, in quo uiuo patre filius desineret esse suus hæres: quia aliás nepos nõ potuisset effici suus hæres, nec uti præteritus potuisset rumpere testamentum. l. si posthumus §. si filium. supra eo. l. si quis filio exhæredato. in principio infra titulo. i. & lex Velleia solúm uoluit prouidere, nè testamentum

rum-

rum patur. l. posthumorũ. infrá titu. i. Secũda ratio. (ut ipsi dicunt) ponitur in uerbis subsequẽtibus, uidelicet. NISI QVOD (LICET AVDACTER) POSSIS DICERE &c. & dicunt sensum horum uerborũ esse, quód licet in casu proposito filius ueré & naturaliter moriatur post mortem patris: tamen fictione legis Corneliæ fingitur mortuus in uita patris præambula hora captiuitatis: & sic ꝙ desierit esse suus in uita aui. l. lege Cornelia. cum simil. suprà testamen. & propterea decisio secundi capitis huius legis Velleiæ potest comprehendere istum sensum. Iste intellectus doct. patitur plures difficultates. Prima est, quia iuxtá prædictum intellectum utraque ratio pertineret ad eundem finẽ: quo stante sequitur, ꝙ secunda ratio non potuisset addi cũ illa dictione. NISI. que est exceptiua, & que denotat, ꝙ secunda ratio tendit ad finẽ diuersum ab eo, ad quem tendit prima; & ꝙ contradicit rationi præcedẽti. Secunda difficultas est, quia illa aduersatiua. LICET AVDACTER &c. nullo modo posset conuenire tenendo prædictum intellectum: & quãuis doct. dicant, ꝙ illa dictio non sit accipienda pro aduersatiua, sed pro uerbo. licet. i. licitum est: tamen ista solutio non potest procedere: quia si esset uerbum. licitum est. sensus uerborum sequentium nõ posset conuenire. Quem enim sensum exprimerent ista uerba. Nisi ꝙ licitum est audacter possis dicere, uiuo auo hunc suũ hæredem esse desiisse: licet post mortẽ decedat? Tertia difficultas est, quia iuxtá prædictũ intellectũ, tex. poneret unam rationem, uidelicet primá, que nõ esset bona & ab illa recederet absque eo, ꝙ assignet rationem, quare nõ sit bona; quod esset absurdum & incongruũ: quia posset redargui uel uti superfluus, dùm ponit rationem, que non est bona; uel uti diminutus, dúm non declarat
9 causam, quare non sit bona. Propter has difficultates ego non admitto prædictum intellectum & expositionem doct. & dico, ꝙ tex. in illis uerbis. NIHIL ENIM ADDIDIT, QVO SIGNIFICARET TEMPVS. non ponit rationem decidendi: sed rationem dubitandi, quare uideretur prima facie dicendum, quód per interpretationem ex secundo capite præsens quæstio nõ posset decidi: quia uidelicet in secundo capite nihil fuit additum, quo significaret tempus, subaudi, tẽpus mortis patris, quando filius decedit post patris mortem, de quo in quæstione præposita: sed solúm addidit quo significaret tẽpus, quando uiuo auo filius decedit & desiit esse suus; Ex qua ratione dubitandi infertur, ꝙ d. institutio in casu proposito non posset procedere ex uerbis legis Velleiæ in hoc secundo capite: undé succedit esse tractandum solúm, an ex mente, uel sententia dicti secundi capitis mediante interpretatione possit induci, ꝙ d. institutio procedat; & quód in illis uerbis. NISI QVOD (LICET AVDACTER) POSSIS DICERE &c. tex. ponat rationem decidendi, quare ex interpretatione possit induci ex isto secundo capite, quód procedat prædicta institutio: quorum uerborum sensus est, quód ex quo in secundo capite legis Velleiæ continetur quilibet casus, per quẽ filius desinat esse suus in uita patris: propterea debuit contineri etiam hic casus mortis filii, que contingit post mortem patris dúm filius moritur captiuus apud hostes: ex quo licet ueré & naturaliter eueniat post mortem patris: tamen est necessaria ad faciendum, ꝙ filius desinat esse suus uiuo patre: quia in morte naturali apparet, quod nõ redit nec potest redire: undè succedit, quòd iste casus mortis naturalis filii post mortem patris antequám ab hostibus reuertatur, pót dici expressius in institutione huius nepotis uti necessarius ad faciendum, quód illa captiuitas filii, que cõtingit in uita patris habeat effectum mortis naturalis: & consequenter, quód uideatur prædicta institutio facta iuxtá formam secundi ca-
10 pitis legis Velleiæ. Solúm potest esse dubitatio, quare tex. in hac ratione usus fuerit dictione exceptiua. NISI. & dictione aduersatiua. LICET. que exprimitur pro quámuis. Circá quod pro resolutione est aduertẽdum, quód (ex quo in superioribus dictum fuit, ꝙ ex uerbis secundi capitis præsens quæstio nõ potest decidi, sed ex interpretatione) ista ratio decidendi pertinens ad probãdum, quód ex interpretatione possit decidi: uidebatur aduersari præcedentibus in quantum dictum fuerat, nõ posse decidi ex uerbis: quia ex hoc uidebatur quoquo modo inferri, quód etiam ex uerbis decideretur; & hac ratione usus fuit utraque dictione exceptiua, uidelicet, & aduersatiua. nám quatenus ista ratio pertinet ad probandum, quod ex interpretatione possit induci, debuit apponi exceptiua: & quatenus uidetur pertinere ad probandũ, quód ex uerbis possit induci, debuit apponi dictio aduersatiua; Et iuxtá istum intellectũ litera est plana

&

& procedit absq; difficultate. Est etiam aduer tendum, quod decisio tex. nostri non solùm concinet, quod institutio huius nepotis facta sub conditione, si filius captiuus apud hostes decedat uiuo patre, uel post mortem antequã reuertatur. procedat quo ad effectum excludendi nepotem à ruptella testamenti: Verùm etiã continet, ꝙ licet institutio non fieret sub hac forma: sed solùm sub forma, de qua in secundo capite, (quia dictum esset. si filius uiuo me decedat, uel suus hæres esse desierit.) quod tamen porrigatur ad casum, in quo filius fuit factus captiuus in uita patris, quámuis decedat solùm post mortem patris apud hostes: quoniam hic casus cõtinetur saltem ex interpretatione in formula secũdi capitis legis uelleiæ: & dicta institutio debet porrigi ad quoscunq; casus, qui continentur sub d. formula; per ea, quæ declarata fuerunt in. §. & quid si tantùm. & in. §. quid si is.

Quo uerò ad aliam difficultatem, quare antè dispositionem legis uelleiæ in isto secundo capite non potuisset de iure antiquo decidi præsens quæstio, ut procedat institutio huius nepotis: Si nos tenemus præsuppositum doct. uidelicet, ꝙ antè prouisiones Galli & legis uelleiæ institutio nondùm nati, qui tempore testamenti non esset futurus suus, uitiaretur propter eius incapacitatem: nõ autem ex eo, quia contineret conditionem de morte filii; nulla posset assignari ratio prædictæ decisionis, quã præsupponit tex. noster. Quinimò ista sua decisio nõ posset procedere: ex quo omninò institutio huius nepotis in casu tex. nostri potuisset procedere etiam antè prouisionem legis uelleiæ: nàm cùm euenerit casus, ꝙ filius nunquàm redit ab hostibus, declaratur, quod etiam usque à principio tempore captiuitatis d. filii, & sic tempore, quo auus facit testamentum fuit factus suus; & ꝙ omnia disposita in testamento patris procedunt, prout procederent, si ipse filius tempore captiuitatis desiisset esse in rerum natura. l. si quis filio. §. si pater. in fra tit. i. l. pen. infrà eod. & propterea, ꝙ procederet institutio huius nepotis, quámuis nondùm esset natus; (ut dictũ fuit in. §. quid si is.) & quámuis donec durat spes, ꝙ filius ab hostibus reuertatur, non dicitur absolutè, quod desierit esse suus; & impedit nè interim nepos possit dici suus. l. pen. infrà de suis. & legit. l. nec nos. C. de capt. & postlim. reuers. tamen cessante dicta spe omnia procedunt, ueluti si desiisset esse in rerum natura tempore captiuitatis. Præterea cùm iste nepos esset natus tẽpore testamenti, igitur cum illo erat testamenti factio antè Gallum & legem uelleiam etiam iuxtà præsuppositum doct. Nec possumus dicere, ꝙ ideò antè legem uelleiam non procederet institutio de nepote quo ad effectum, nè rumperet testamentum, quia post testamẽtum mutatur conditio huius nepotis dùm instituitur uti extraneus, & post testamentũ efficitur necessarius: ut dicebat Bar. in §. ille casus. Paul. & Ias. in §. etiam si parente. quoniã primò uidetur falsum, ꝙ mutatione conditionis hæredis instituti de extraneo in necessarium rumpatur testamentum, ut est casus in l. filio §. i. s. eod. & quia uanum est dicere, ꝙ hic nepos uideatur institutus uti hæres extraneus: Quoniam ubi quis instituit nepotem ex filio qui adhuc uiuit, semper uidetur instituere illum uti necessarium hæredem; & propterea iura disponunt, quod faciat patrem suum necessarium hæredem. l. qui in aliena. §. Interdũ. infrà de acqui. hæred. Et etiam quia si institutio fuit concepta in casu, quo iste nepos efficiatur suus, uidetur admodum absurdum intelligere, quod censeatur institutus uti extraneus. Quinimò non potest dici, quod euenière casu, quod filius apud hostes decedat, mutetur conditio huius nepotis: sed tantùm, quod declaratur, quod à principio captiuitatis filii fuit & intelligitur factus suus. Si uerò præsupponimus id, quod sæpius declaratum in superioribus reperitur (uidelicet, quod duplici respectu institutio huius nepotis nondùm nati, siue iàm nati non procederet antè dispositionem Galli & legis uelleiæ. Primò, quia continebat conditionem de morte filii. Secundò, quia non uidebatur facta in primo gradu, sed solùm in secundo: & ideò non erat efficax ad impediendum, quin iste nepos uti præteritus in primo gradu non rumperet testamẽtum: non autem ex eo, quia cum illo non esset testamenti factio:) ratio, quare antè. d. legem uelleiam non procederet institutio in casu, de quo in tex. nostro, est euidens: quia uidelicet, erat facta sub conditione mortis filii, sub qua non poterat fieri institutio in primo gradu; Et licet ex prouisione Galli aliquo casu procederet institutio facta sub conditione prædicta: Tamen hoc non procedebat, quando propter euentum conditionis omninò & præcisè ipsa institutio purificabatur, prout contingit in institutione huius nepotis nati tempore testamenti: quia simpliciter & absolutè purifi-

rificatur eueniente casu mortis filii. Et cùm non posset antè prouisionem Galli talis institutio ualere in uim institutionis factæ in primo gradu: sed solùm in uim institutionis, seu substitutionis factæ in secundo gradu; propterea non poterat esse efficax ad impediendum quin iste nepos ueluti præteritus in primo gradu rumperet testamentum. Solùm igitur potest procedere per dispositionem secundi capitis legis Velleiæ, per quam fuit inductum, quòd quãuis per mortem filii ipsa institutio nepotis omninò purificetur; ualeat tamen in uim institutionis quòad effectum, né uti præteritus iste nepos rumpat testamentum. (ut dictum fuit suprà in §. nunc de lege. & dicetur infrà in §. sequenti.) Et est etiam aduertẽdum, quòd licet Dominus Iaſ. hic uidea tur assignare duas rationes dubitãdi, propter quas (secundum eum) casus, de quo in tex. nostro non uidebatur pertinere ad secundum caput legis Velleiæ, (cuius oppositum præsupponit tex.) tamen suæ rationes procederent, si nos tenerenus præsuppositũ doct. (ut suprà dixi) sed tenendo præsuppositum nostrum, (de quo statim diximus) nullo modo probant, quòd circũscripta dispositione legis Velleiæ posset ista institutio procedere.

Sequitur. §. Ille casus.

1 *Quæstio proposita in isto tex. de quo sit (secundum doctores.)*

2 *Præsuppositа doctorum declarantur & reprehenduntur.*

3 *In quo itaque cõsistat quæstio, & dubitatio huius tex. uerè ponitur & pulchrè declaratur.*

4 *Licet in tex. non sit expressa forma institutionis de nepote: tamen præsupponendum est institutionem factã iuxtà formam, que conueniat formulæ introductæ per legem Vell.*

5 *Quid tractet tex. iste in uersi. deniq;, & usq; ad finem.*

6 *Intellectus traditus per doctores ad uers. porrò. ex pluribus reprehenditur.*

7 *Vera ideò subnectitur interpretatio & intelligentia ad illum uersic.*

8 *Declaratio ad uersi. Iuliano tamen.*

9 *Sensus illorum uerborum.* DVOBVS QVASI CAPITIBVS.

10 *Lex Velleia non permittit instituí sub conditione mortis patris nepotes natos uel nascituros, qui post natiuitatem (secuta morte patris) efficiantur sui hæredes auo: quicquid dicant doctores.*

11 *Ratio autem quæ sit, assignatur.*

12 *Quare autem non permittat institui: prohibeat tamen testamentum rumpi per nepotem institutum, & quomõ istud procedat pulchrè declaratur & subtiliter.*

13 *Difficultas huius casus, de quo per Iulianum in isto § in quibus consistat (secundum doctores.)*

14 *Decisio Iuliani in hoc tex. in quo consistat.*

15 *Institutio facta de nepote iuxtà prouisionem legis Velleiæ in primo capite, an extẽdatur ad casum Iuliani.*

ILLE CASVS. Antequã deueniamus ad interpretatiõe uerborũ tex. nostri & eorũ, quæ particulariter in tex. dicuntur: oportet priùs uidere, de quo proponatur quæstio in tex. nostro, & ad quid pertineat prouisio, uel sententia Iuliani, de qua in tex. nostro. Doctores communiter intelligunt, quòd quæstio sit de eo, an cum isto nepote nondùm nato, qui non efficitur suus dùm nascitur, sed solùm post natiuitatem; sit inducta testamenti factio per legem Velleiam: ita ut possit institui, uel ex primo capite, uel ex secundo; & deciditur, q̃ ex dispositione. d. legis non fuerit inducta potestas instituendi istũ nepotẽ, sed q̃ prouisio & sentẽtia Iuliani pertineat ad inducendũ testamenti factionem in isto nepote, & potestatem illũ instituẽdi ex cõmistione utriusq; 2 capitis. d. legis. In quo intellectu plura præsupponuntur. Et primò, q̃ antè prouisionem Iuliani nõ esset potestas instituendi illũ nepotem, sed q̃ de nouo istud fuit inductũ per Iulianum. Secundò, quòd illa uerba. NEC POSTERIORI CAPITE ALIVS SVCCEDENDO PROHIBERE VIDETVR RVMPERE, QVAM QVI IAM NATVS ESSET. habeant istum sensum, q̃ ex secundo capite legis Velleiæ non põt alius instituí, quã qui iã natus esset, seu non põt prohiberi rũpere testamentũ. Tertiò, q̃ cõmistio utriusq; capitis, legis Velleiæ, que cõsideratur in prouisione, seu sentẽtia Iuliani intelligatur de qualitatibus requisitis ex utroque capite, quæ uidentur cõcurrere in isto nepote: ita q̃ prouisio, seu sentẽtia Iuliani facta fuerit ob illã rõnẽ, quia in isto nepote cõcurrũt qualitates utriusq; capitis: ita q̃ commistio prædicta sit cã, uel rõ, propter quam inducta fuerit prouisio, seu sentẽtia Iuliani: non aũt q̃ Iulianus induxerit illã cõmistionẽ utriusq; capitis. Iste intellectus cõis & omnia, quæ in illo præsupponũtur deuiant à ueritate. Nã primò falsum est, q̃ non esset testamenti factio cum isto nepote nõdũ nato ẽt antè Iulianũ: quia (ut declaratum fuit § in principio & in qualibet parte huius legis) ẽt antè legẽ uelleiã erat testamẽti

factio cum isto nepote nondùm nato: Vndè sicut non possumus dicere, quòd dispositio legis uelleiæ pertineat ad inducendum capacitatem & testamenti factionem in isto nepote nondùm nato, qui nascitur in uita aui: (ut dictum fuit suprà in §. nunc de lege) ita etiam non possumus dicere, ꝙ prouisio, uel sententia Iuliani pertineat ad inducendum capacitatem in isto nepote nondùm nato & qui non efficitur in natiuitate suus, sed solùm post natiuitatem: ex quo nulla erat in ipso nepote incapacitas. Nec oppositum dicitur in uersicu. procedere porrò debet. (ut patet ex his, quæ infrà dicemus circà declarationem uerborum tex.) & quia si iste nepos non esset capax, nec esset potestas illum instituendi, Iulianus nøn potuisset istud inducere. (ut patet ex his, quæ diximus suprà in principio, & quæ etiã infrà dicemus.) Nec ẽt est uerũ, ꝙ illa uerba. NEC POSTERIORI CAPITE &c. habeant illum sensum, quẽ arbitrantur doct. Quinimò non possent pati dictum sensum: quia ad exprimendum, ꝙ ex secundo capite non põt alius instituí, quàm qui iám natus esset; uel ꝙ non prohibetur rũpere, quàm qui iám natus esset, non debuit apponi illud uerbum. PROHIBERI VIDETVR. sed esset superfluũ: quia satis fuisset dicere simpliciter, ꝙ in posteriori capite, nõ prohibetur alius rumpere, quám qui iàm natus esset absque. d. uerbo. VIDETVR. Quinimò illud uerbum. VIDETVR. cùm denotet illud dictum colligi ex interpretatione & coniectura magis, quám ex uerborũ significatione. l. nec emptio. in fi. & ibi gl. ff. de cõtrahe. empt. demonstrat, ꝙ illud dictum non possit intelligi de decisione. d. l. uelleiæ: quia uerba dictæ legis clarè indicant quos prohibeat, & de quibus loquatur: & ideò incongruè diceretur, quòd in decisione. d. legis talis uidetur prohiberi & non alius: quoniã constat ex uerbis quis prohibeatur, uel nõ prohibeatur; Verũ illud uerbũ. VIDETVR. demonstrat, ꝙ istud dictum intelligatur de institutione. d. nepotis facta à testatore: quia de ea dici quidẽ potest, ꝙ non uideatur facta ex posteriori capite ad prohibendum, nè alius rumpat, nisi quando confertur in eũ, qui tẽpore testamenti natus esset. Accedit quia falsum ẽt est, ꝙ decisio secũdi capitis legis uelleiæ sit limitata ad illos, qui essent nati tempore testamenti, & ꝙ non possit aliquo modo pertinere ad eos, qui nondũ nati essent: quia contrariũ deciditur in. l. posthumus in princ. uersic. sed & is. infrà tit. i. dùm ibi dicitur, ꝙ posthumi, qui post testamentũ in uita nascuntur, per legẽ uelleiam ita demũ prohibentur rumpere, si nominatim fuerint exhæredati. Nec possumus dicere, ꝙ tex. ille loquatur de primo capite legis uelleiæ, non de secundo: (pro ut ibi intelligit glo.) quoniã dicta uerba sunt generalia ẽt ad eos, qui non nascuntur sui, sed fiunt sui post natiuitatẽ, de quibus nõ loquitur primum caput legis uelleiæ: & quia dispositio primi capitis principaliter pertinet ad permittendum, ꝙ possit fieri institutio: non autem principaliter ad prohibendum, nè rumpatur testamentum, prout pertinet decisio secundi capitis; (ut dicitur in tex. nostro) undè si in d. l. posthumus. agatur de illa decisione legis uelleiæ, que pertineat simpliciter ad prohibendum, nè testamentum rũpatur: sequitur, quod intelligi debeat priùs de decisione secundi capitis, quàm primi. Præterea cũ nulla possit assignari ratio, propter quam decisio. d. legis uelleiæ in secundo capite (uidelicet, quòd d. institutio habeat uim institutionis quoàd illum effectum impediẽdi nepotem institutum, nè rumpat testamentũ) debuerit limitari ad eos nepotes, qui iám nati essent, cùm in his, qui nondùm nati sunt & efficiuntur sui post natiuitatem in uita auitestatoris militet eadem ratio; uanum esset dicere, quòd lex uelleia uoluerit limitare suam decisionem ad iám natos: quia talis limitatio & restrictio foret absq; ulla ratione. Nec obstat si dicatur, quòd prouisio, seu sententia Iuliani foret superflua, si decisio secundi capitis. l. uelleia comprehenderet istos nepotes nondùm natos; quia respondetur, quòd etiam fuit necessaria: ex quo licet in secundo capite legis uelleiæ sit inductum, quòd possit fieri institutio de nepote sub illa conditione. si filius moriatur uiuo auo. que habeat intellectum institutionis in primo gradu quoàd effectum, ut talis institutus non possit rumpere testamentum, & hoc intelligitur etiam de his, qui nõ dùm essent nati: attamen, ut dicta decisio procederet in nepote instituto, requirebatur quòd eius institutio eẽt facta iuxtà formã, de qua in secundo capite, & ad illum effectũ, ad quem pertinet decisio secundi capitis: & quia in nepote nondùm nato non poterat uideri facta iuxtà formam & effectum, de quibus in secundo capite: propterea fuit necessaria

ria prouisio & sententia Iuliani ad declarandum, quomodo possit fieri interpretatio, ꝙ institutio nepotis nondùm nati intelligatur facta non solùm iuxta' formam primi capitis legis uelleiæ: sed etiam iuxta' formam secundi capitis (interpretando ꝙ forma utriusque capitis sit commista in d. institutione, ut clariùs ex infrà dicẽdis apparebit.) Minùs etiam potest admitti id, quod præsupponunt doct. uidelicet, ꝙ commistio utriusque capitis, de qua loquitur tex. noster intelligatur de qualitatibus, seu requisitis ex utroque capite, quæ uidentur concurrere in persona huius nepotis: & ꝙ ob dictas qualitates concurrentes in persona. d. nepotis emanauerit ista prouisio, seu sententia Iuliani: quia istud est falsum & repugnat uerbis tex. nostri: Nàm quomodo possumus dicere, ꝙ in isto nepote concurrãt qualitates, quæ requiruntur ex utroque capite? cùm in isto nepote sint potiùs qualitates repugnantes utrique capiti: nàm non nascitur suus, (quod repugnat decisioni primi capitis) nec etiam est natus tempore testamẽti (quod repugnat decisioni secundi capitis.) Ille autẽ qualitates, quòd sit natus in uita filii, & ꝙ nõ sit natus tempore testamenti, quas doct. considerant: non conferunt ad faciendum, ꝙ institutio huius nepotis procedat: Sed potiùs ad faciendum, ꝙ non possit procedere (ut patet). Non enim possumus dicere, ꝙ in isto nepote concurrant rationes utriusque capitis: quia si ratio cuiuslibet capitis per se considerata cessat in isto nepote, (quia attenta ratione cuiùslibet capitis per se, ista institutio debuisset uitiari, ut infrà dicetur) impossibile est, quòd in isto nepote concurrant rationes utriusque capitis. Præterea est magna improprietas uerborum uelle exprimere illud uerbum. DVOBVS QVASI CAPITIBVS LEGIS COMMISTIS. pro qualitatibus, seu rationibus utriusque capitis. Accedit quia esset admodum absurdum uelle denominare commistionẽ illum concursum qualitatum, seu rationum, quæ interueniũt in persona huius nepotis: quia cùm dictæ qualitates, seu rationes inhæreant personæ absque eo, quòd interueniat actus, seu sententia alterius: idcirco' de illis non debet dici commistio, cùm actus commistionis præsupponat actum alterius, seu aliquod accidens extrinsecum, ex quo separata in simul coniungantur, seu cõmisceantur. Prætèrea tex. hic loquitur per uerbum denotans improprietatẽ: Dicit enim. QVASI COMMISTIS. & tamẽ dicta improprietas non est considerabilis in dictis qualitatibus, seu rationibus, quæ considerantur in persona huius nepotis: quia ille uerè & euidẽter interueniunt; Igitur &c. Et ulteriùs est aduertendum, quòd attẽto isto intellectu redargui posset lex uelleia, quòd prætermiserit istum casum, quando nepos nondùm natus non effingitur suus in natiuitate, sed post natiuitatem: cùm tamen in isto casu militent ille qualitates & rationes, (secũdum doct.) quæ concurrunt in aliis casibus, de qùibus expressè disponitur in. d. lege; & tamen lex uelleia non reprehenditur per Scæuolam de aliqua superfluitate, uel imperfectione: ut dicunt glo. & doct. in §. quidã rectè. & ulteriùs oporteret præsupponere, quòd ista institutio reciperet uim & efficatiam a' dispositione Iuliani: non autem a' dispositione legis uelleiæ. Hoc autem, ultra' quòd non potuisset per Iulianum induci: ex quo (ut dictum fuit supra' in prin. legis) Iureconsulti nõ poterant inducere aliquod ius de nouo præter & ultrà mentem iuris antiqui:) est etiam contrà uerba tex. nostri, dùm dicit. DVOBVS QVASI CAPITIB. LEGIS COMMISTIS, IN HOC QVOQVE INDVCERE LEGEM, NE RVMPATVR TESTAMENTVM. quæ uerba importãt, ut fiat interpretatio, ꝙ in institutione huius nepotis duo quasi capita legis intelligãtur commista: & ex hoc sequatur ꝙ in isto nepote inducatur lex uelleia. i. decisio legis uelleiæ, nè rumpatur testamẽtum: ita ut sensus sit. Circà hũc casum inducere illam decisionem ultimi capitis, que pertinet principaliter ad impediendum, né rumpatur testamentum: uel inducere dictam dispositionem: uel ob illam rõnem, né testamenta rũpantur: & consequenter, quòd procedat institutio quo' ad. d. effectũ ex decisione legis uelleiæ. Non. n. possumus negare, quin illud uerbũ. INDVCERE LEGEM. intelligatur de lege uelleia, de qua dixerat in illis præcedẽtibus uerbis, uidelicet. DVOBVS QVASI CAPITIBVS LEGIS. nec põt intelligi de prouisione inducta per Iulianum: quia illa non potuit sortiri nomen legis §. responsa & §. lex. instit. de iur. natur. Et si uelles dicere, quòd Iulianus extendit legem uelleiam ad istum casum, de quo lex uelleia non disposuit, & quòd illa uerba. INDVCERE LEGEM. important, ideſt. Extendere legẽ uelleiã. & propterea uerba non contradicunt, quin in istõ recipiat uim & efficatiã

ex decisione Iuliani, que extendit legem uelle iam: Respondetur, q̃ dum̃ tex. uult, q̃ ex illa interpretatione; (quod duo quasi capita legis sint commista in institutione huius nepotis) inducatur in isto nepote lex ipsa; necessariò præsupponit, q̃ institutio quo' ad d. effectum procedat ex decisione legis uelleiæ: quia aliàs superflua esset interpretatio, quod intelligantur commista duo quasi capita legis in huiusmodi institutione. Et si illud uerbum. INDVCERE. esset positum in tex. pro uerbo. Extendere. ex congruitate recti sermonis non debuisset dicere. in hoc. Sed ad hunc. in accusatiuo. Præterea & ultimo' si Iulianus uoluisset facere nouam prouisionem, per quam posset procedere institutio huius nepotis nondùm nati, & qui efficitur suus ex aliquo interuallo post eius natiuitatem, quare non posuisset formulam, sub qua isti nepotes debuissent instituiʒ sicut obseruatum fuit á Gallo & à lege uelleia, & in omnibus suppletionibus Scæuolæ? attentò, q̃ formulæ primi, uel secundi capitis legis uelleiæ non possent comprehẽdere istũ casum, quando nepos nõdùm natus efficitur suus ex aliquo interuallo post natiuitatem.

3 Postpositis igitur quæ dixerint doct. ueritas est, quod quæstio in tex. nostro proponitur de eo; An institutio huius nepotis nondùm nati & qui efficitur suus ex aliquo interuallo post natiuitatẽ, possit procedere ueluti facta ex formula primi capitis legis uelleiæ solùm, uel uti facta solùm ex formula secũdi capitis, uel tanquam facta ex formula utriusque capitis: ita q̃ in institutione huius nepotis censeatur commista formula utriusque capitis; Et in tex. præsupponitur pro indubitato, q̃ intelligatur facta institutio huius nepotis nõdùm nati ex formula primi capitis, sed q̃ ex illo capite non possit procedere: quia in isto nepote deficit conditio, que requiritur in dicto primo capite, uidelicet, q̃ nascatur suus hæres. Præsupponitur etiam pro indubitato, q̃ institutio huius nepotis nondùm nati non debeat censeri facta solùm ex formula secundi capitis in illis uerbis. NEC POSTERIORE ALIVS SVCCEDENDO &c. & propterea non possit procedere ueluti facta solùm ex formula secundi capitis. Solùm præsupponit quæstionem esse de eo, an possit procedere tanquam facta ex formula utriusq̃ capitis; In qua quæstione referuntur argumenta pro opinione, quòd nõ possit sumi interpretatio, q̃ institutio uideatur facta ex formula utriusque capitis, & quod hac ratione non procedat ista institutio. Quibus tamen nõ obstantibus prouisio & sententia Iuliani fuit in oppositum, que cõsistit in hoc: quod licet in isto nepote nõdùm nato facta sit institutio ex formula primi capitis: in eadem tamen institutione etiam intelligatur commista formula secundi capitis, & q̃ ideo' procedat institutio: quia licet non possit procedere ex decisione primi capitis ex eo, quia defecit conditio primi capitis: tamen poterit procedere ex decisione secundi capitis: quia censetur facta etiam sub formula secundi capitis. i. principaliter ad prohibendum, ne' rumpat testamentum; Et iuxtá istum intellectum omnia de plano procedunt. Et præsupponimus, q̃ testamenti factio esset cum isto nepote ante' Iulianum, prout etiam fuit ante' legem uelleiam. (ut. s. dictũ fuit.) Itẽ præsupponimus, quod decisio secũdi capitis. l. uelleiæ procedat etiam in nepote nondùm nato, quãdo efficitur suus ex aliquo interuallo post natiuitatem quo' ad effectum, ut prohibeatur rumpere testamentum, dummodo institutio de eo censeatur facta ex formula dicti secundi capitis. i. principaliter ad prohibendum, ne' possit rumpere testamentum. Hoc enim colligitur, quia in tex. præcisé dicitur, quod procedit institutio in isto nepote mediãte illa interpretatione, quòd in institutione ultrá formulam primi capitis sit commista formula secundi capitis. Præsupponimus etiam, quod tex. in illis uerbis. DVOBVS QVASI CAPITIBVS LEGIS COMMISTIS. loquatur præcisé de cõmistione ipsorũ capitũ. i. formularũ utriusq; capitis, & de commistione, que intelligatur facta in ipsa institutione nepotis. Et præsupponimus, quod prouisio, seu sententia Iuliani in casu tex. nostri non inducat aliquod ius de nouo præter & ultrá mentem iuris antiqui, pro ut nec etiam potuit inducere: Sed solùm interpretetur, quod in institutione huius nepotis ultrá formulam primi capitis, intelligatur commista formula secundi capitis; qua interpretatione mediante succedit, quod in prædicta institutione & in isto nepote inducitur, quod procedat decisio secundi capitis legis uelleiæ, per quam prohibeatur rumpere. Et prædicta omnia clariùs & manifestiùs apparebunt ex his, quæ inferiùs dicemus circá interpretationem uerborum, tex. & eorum, quæ particulariter in tex. dicuntur.

Deueniendo nunc ad interpretationem uerborum

borum tex. & eorum, quæ particulariter in tex. dicuntur, aduertendum est primò, quòd licet tex. noster in principio dùm dicit. ILLE CASVS INDIFFICILIS EST. SI FILIVM HABEAS, ET NEPOTEM NONDVM NATVM INSTITVAS, ISQVE NASCATVR VIVO PATRE SVO, AC MOX PATER DECEDAT. non exprimat sub qua forma fuerit concepta institutio huius nepotis: attamen præsupponit, quòd fuerit facta sub forma, que sit apta comprehendere istum casum, & in qua possit procedere institutio uel ex primo, uel ex secundo capite legis uelleiæ: Nàm dùm dicitur, quòd non procedit ista institutio ex primo capite, quia in nepote deficit conditio primi capitis: præsupponitur, quòd non sit aliquis defectus in forma ipsius institutionis, propter quem in ea non procedat decisio primi capitis. & dùm infrà determinat, quòd institutio procedit, ex quo intelligtur in ea apposita forma quasi ueriusque capitis; utique præsupponitur, quòd ita fuerit concepta, ut in ea forma utriusque capitis possit intelligi; tantò magis, quia præsupponẽdum est, quòd tex. loquatur de institutione concepta iuxtà formam legis uelleiæ, cùm prosequatur materiam dictæ legis. argumẽto l. imperator. ff. de in diem adictio. & hoc est etiam de mente omnium doct. Sed qualiter debeat exemplificari forma institutionis, quam præsupponit tex. infrà dicetur. Similiter præsupponẽdum est, quòd tex. loquatur quando pater huius nepotis decessit uiuo Auo, quàmuis in tex. dicatur simpliciter, quòd mox pater decedat: quoniam aliter non posset procedere decisio Galli, uel legis uelleiæ in ista institutione: quia nepos nunquam fuisset factus suus. Secundò aduertendum est, quòd tex. in his uerbis. NON ENIM SVVS HAERES EST TEMPORE, QVO NASCITVR. uoluit dicere, quòd quàmuis institutio fuerit facta iuxtà formam primi capitis legis uelleiæ: attamen in isto nepote non procedit dicta institutio ex ipso primo capite: ex quo defecit conditio, que requiritur ex primo capite. d. legis, uidelicet, quòd is nepos nascatur suus. Et istud non habet dubitationem. Quare autem ad hoc, ut procedat institutio ex primo capite legis uelleiæ exigatur, quòd is nepos nascatur suus, declaratum fuit suprà in §. nunc de lege. Tertiò est aduertẽdum, quòd tex. in his uerbis. NEC POSTERIORE CAPITE ALIVS SVCCEDENDO PROHIBERI VIDETVR RVMPERE, QVÀM QVI IAM NATVS EST. uoluit dicere, quòd ista institutio non potest censeri facta iuxtà formam secundi capitis tantummodo, & sic ad illum finem tantùm, ut prohibeat illum institutum, ne rumpat testamentum ob id: quia non censetur institutio ex secũdo capite quòd ad. d. effectum, nisi quando confertur in eum, qui iàm natus esset: & idcirco uoluit inferre, quòd non potest procedere institutio ex decisione secundi capitis: nàm (ut dictum fuit suprà) ista uerba nõ possunt intelligi de prohibitione, quam facit decisio secundi capitis legis uelleiæ: sed de illa, quam uidetur facere testator in sua institutione ex forma secundi capitis. Pro quo etiam facit, quia si tex. uoluisset præsupponere, quòd per decisionem secundi capitis prohibeatur solùm rumpere is, qui natus esset, & quòd ideò dicta decisio non potest habere locum in isto nepote, in quo deficit istud requisitum; satis fuisset dicere. Nec ex posteriore capite. quia iàm natus esset. Hæc enim uerba importarẽt, quòd esset necessarium istud requisitum, quòd nepos institutus, sit natus tempore testamenti, ut procedat decisio secundi capitis, & quòd propterea decisio secundi capitis non militat in isto nepote: quemadmodum ad demonstrandum, quòd esset necessarium, quòd nepos nascatur suus, ut procedat decisio primi capitis, & quòd ideò dicta decisio non pertineat ad istum nepotem, qui non nascitur suus: in precedenti uersi. satis habuit dicere. NON ENIM SVVS HAERES EST TEMPORE, QVO NASCITVR. Dùm igitur usus fuit aliis uerbis, & dixit. NEC POSTERIORI CAPITE ALIVS SVCCEDENDO PROHIBERI VIDETVR RVMPERE, QVÀM QVI IAM NATVS ESSET. arguitur, quòd hæc uerba sunt prolata ad denotandum, quòd ideò cessat in hac institutione decisio secundi capitis: quia non uidetur facta à testatore prohibitio ex secũdo capite; & arguitur quòd sit differẽtia in hoc inter decisionẽ primi capitis & secundi: quia decisio primi capitis in hac institutione ideò non habet locum: ex quo defecit conditio. d. decisionis, seu eius necessarium requisitum: non autem ex eo, quia non uideatur facta institutio iuxtà formam primi capitis legis uelleiæ: Sed decisio secundi capitis in hac institutione ideò

non

non uendicat sibi locum : ex quo facta non uidetur iuxtà formam secundi capitis. Et reuera tex. noster habuit istum sensum. (ut patet etiam ex aliis, quæ suprà dicta fuerunt.) Solùm est inquirenda ratio, quare non censeatur fieri institutio ex forma secundi capitis legis uelleiæ, nisi quãdo confertur in nepotem qui iám natus esset. Circà quod dicendum est, ꝙ ex quo institutio sub conditione. si filius decesserit uiuo patre testatore. collata in eum, qui natus est non potest ualere quo' ad effectũ, ut ex illa succedatur: sed solùm quo' ad effectum, ut impediat institutum ne' rumpat testamentum: (ut dictum fuit suprà in §. nunc de lege uelleia) idcirco' non potest uideri facta ex primo capite, sed ex secundo: quia (ut dicit tex. noster hic in uersi. Denique.) ex primo capite procedit institutio quo' ad oẽs eius effectus, ut ex ea succedatur; sed ex secundo ualet solùm quo' ad effectum impediendi, ne' eius præteritione testamentum rumpatur: & uideri debet facta institutio eo modo, quo fieri põt & põt ualere. l. quotiẽs in stipulationibus ff. de uer. obl. l. quoties. ff. de reg. iur. Sed quãdo fuit collata prædicta institutio in eum, qui nõdùm natus est, tunc quia spes est, quo'd possit esse ualida quo' ad effectum, ut ex illa succedatur: propterea à principio censetur facta ex primo capite, ex quo potest esse ualida institutio quo' ad. d. effectum: nõ autem ex secundo, ex quo non potest ex eo fieri institutio ualida quo' ad. d. effectum: sed solùm quo' ad effectum, ut impediatur ruptella testamenti; & quia à principio interpretatio sumpta est quo'd fuerit facta ex primo capite quo' ad effectũ, ut ex illa succedi possit quámuis enim postea contingat, quo'd ex eo capite non possit institutio procedere, quia eueniat casus, ꝙ hic nepos non nascatur suus hæres: non ideò tamen ex post facto debet uariari interpretatio. d. institutionis, ut exindè interpretetur facta ex secundo capite quo' ad illum effectum tantummodo; ut institutus nepos prohibeatur rumpere: quia una & eadẽ institutio non debet diuerso iure censeri, uel diuersimodè interpretari. l. eum qui ædes. ff. de usucap. l. ià'm hoc iure. ff. de uulg. Ex quibus apparet, quo'd Scæuola in prædictis uerbis uoluit ita argumentari; quo'd in casu de quo agitur non procedit institutio ex primo capite: quia in isto nepote defecit conditio primi capitis, quia non nascitur suus; non etiam ex secundo capite: quia dùm confertur institutio in eum, qui nondùm natus est, non interpretatur facta ex secundo capite nec ad effectum, ad quem substinetur institutio ex secundo capite: sed censetur facta ad illum effectum, ad quem procedit & substinetur institutio ex primo capite; & ex postfacto illa institutio, que interpretata fuit facta ex primo capite, non potest uariari, ut interpretetur facta ex secundo, per regulam. d. l. eum qui ædes.

5 Quarto' est aduertendum, quo'd tex. in uersi. Denique. usq; ad fin. pertractat quæstionem, an possit censeri, quo'd prædicta institutio habeat sensum institutionis ex utroque capite: ita ut saltem possit esse ualida uti facta ex secundo capite, postquam non potest procedere uti facta ex primo. Et pro opinione negatiua Scæuola adducit rationẽ, ꝙ ex quo in primo capite lex uelleia permittit, ut possit instituti nepos nondùm natus, qui esset suus cùm nasceretur, & in secundo capite non permittit institui, sed solùm prohibet ne' rumpatur testamẽtum, & ne' irritetur ex eo, quia nepos succedit in locum sui hæredis; sequitur, ꝙ institutio ex primo capite repugnet institutioni ex secundo capite: quia pertinet ad diuersos effectus, cùm ex primo pertineat ad effectũ, ut possit ex illa institutione succedi: ex secundo uerò solùm ad effectum, ne' testamentum rumpatur; & consequenter infertur, ꝙ institutio prædicta nõ potest interpretari, ꝙ habeat sensum institutionis factæ ex utroque capite: quia iuxtà. d. interpretationem contineret repugnantiam; cõtrà. l. ubi repugnãtia, & quod ibi notatur. ff. de reg. iur. & hoc est, quod uoluit dicere tex. in his uerbis. DENIQVE ET SVPERIORE CAPITE: VT LICEAT INSTITVI NONDVM NATOS, QVI CVM NASCERENTVR SVI ERVNT PERMITTIT: POSTERIORE CAPITE NON PERMITTIT INSTITVI, SED VETAT RVMPI: NE' VE OB EAM REM MINVS RATVM ESSET, QVOD SVCCEDIT.

6 Quinto' est aduertendum, ꝙ tex. in uersi. Procedere porro' debet &cæt. secundum omnes doct. uoluit dicere, ꝙ ex his, quæ suprà dicta fuerunt inferatur, ꝙ nepos in casu, de quo agitur, non possit dici utiliter institutus: attentò, ꝙ nec ex primo capite legis uelleiæ, nec ex secundo, nec ex alio iure istud fieri potuit; Et reuera uerba ipsa istud exprimunt: quia dùm dicitur. PROCEDERE PORRO' DEBET, VT VTILITER SIT INSTITVTVS,

QVO'D

QVOD NVLLO IVRE FIERI POTVIT. sensus est, q̃ non debet procedere, q̃ sit utiliter institutus: attento, q̃ nullo iure fieri potuit; Et dum subdit. QVI NONDVM NATVS ERAT. Tex. ponit rationẽ, quare nullo iure hic nepos in casu, de quo agitur potuit dici utiliter institutus in prædicto casu, & est ista, uidelicet, quia non erat natus tempore testamẽti. Tota difficultas huius uersiculi consistit in declaratione causæ, ob quam in casu tex. nostri iste nepos ex eo, quia non erat natus, nõ esset utiliter institutus. Doct. dicunt, q̃ tex. præsupponat istud esse ob illam causam: quia cum illo nepote nondum nato, & qui non nascitur suus non esset testamenti factio nec de iure antico iuxta prouisionem Galli, (quia hic nepos non nascitur suus post mortẽ aui) nec ex primo capite legis uelleiæ, (quia non est suus tempore, quo nascitur) nec ex secundo capite eiusdẽ legis: quia non erat natus tempore testamenti; Et dicunt, q̃ prædicta uerba. QVOD NVLLO IVRE FIERI POTVIT QVI NONDVM NATVS ERAT. istud exprimunt, & q̃ habeãt istũ sensum. Sed opinio prædicta nullo modo est recipienda: tum quia falsum est assumptum doct. q̃ non esset testamenti factio cum hiis, qui nondum nati essent: (ut dictum fuit supra in principio legis.) & quia etiam prædicta uerba non possunt recipere dictũ sensum, uidelicet, q̃ ideo hic nepos non sit utiliter institutus: quia nullo iure sit testamẽti factio cũ ipso nepote; & ex quo non erat natus, pro ut colligitur ex pluribus. Et primo quia tex. in præcedentibus non argumẽtatur ex eo, quia non sit testamenti factio cum isto nepote: undé nõ possumus dicere, quod ponatur illatio prædicta ob illam causam, quia non sit testamenti factio cum isto nepote: nam prima ratio (quod deficiat conditio necessaria ad hoc, ut procedat institutio ex decisione primi capitis. l. Velleiæ: ex quo iste nepos non est suus tempore, quo nascitur, de qua supra in uersi. non enim etc.) non includit, quod deficiat institutio ob id: quia non sit testamenti factio cum isto nepote ex eo, quia nõ nascitur suus: ex quo in primo capite legis Velleiæ non exigitur, quod nepos nascatur suus ob id, ut sit cum ipso testamenti factio; sed ob aliam rationem & causam. (ut dictum fuit supra in §. nunc de lege.) Secunda ratio etiam (quod cesset in hac institutione decisio secundi capitis: quia ex illo capite non uideatur prohibitus rumpere, nisi qui iam natus erat, de qua supra in uersi. nec posteriori.) non includit, q̃ deficiat institutio ob incapacitatem huius nepotis nondum nati: tum quia non potest exigi capacitas in decisione secundi capitis, cùm ex ea non permittatur institutio: sed solum pertineat ad prohibendum, né institutus rũpat testamentum: tum quia re uera decisio secundi capitis comprehendit etiam illos, qui nondum nati sunt: (ut supra dictum fuit.) tum etiam quia dicta uerba denotant, quod ratio propter quam in institutione nepotis nondũ nati deficiat decisio secundi capitis, sit ex eo: quia non possit censeri facta iuxta formam secundi capitis. Similiter argumentum, quod deducitur in uersiculo. Denique. de eo, quia in primo capite permittit institui, sed in posteriori non permittit institui, sed uetat rumpi; nullo modo sumitur ex incapacitate huius nepotis: nec potest pertinere ad denotandum, quod cum eo non sit testamenti factio; & ideo sequitur, quod dicta uerba non possunt recipere istum sensum, ut denotent illationẽ que procedat ob dictam causam, quia non esset testamenti factio cum isto nepote. Secundo colligitur, quia illa uerba. QVOD NVLLO IVRE FIERI POTVIT. non possunt recipere istum sensum, quod is nepos, qui nondum natus erat nullo iure posset institui: quia illud relatiuum. QVOD. neutri generis, non potest referre personam nepotis (esset enim uitium in grammatica:) sed debet intelligi de alio, ad quod salua ratione recti sermonis, illud relatiuum possit referri; Et quia, si tex. uoluisset dicere, quod nullo iure potuit institui, non fuisset usus illis uerbis. QVOD NVLLO IVRE FIERI POTVIT. quæ possunt intelligi de alio facto, quam de facto institutionis: sed simpliciter dixisset. Qui nullo iure potuit institui.

7 Ego autem (postposita opinione doct.) pro resolutione huius difficultatis dico esse præsupponendum id, quod in superioribus totiens fuit declaratum, uidelicet, q̃ ratio, quare institutio huius nepotis nondum nati sub illa conditione. si filius decederet uiuo patre. uideretur inutiliter facta, non erat ex eo: quia cum isto nepote nondum nato non esset testamenti factio: sed quia non poterat censeri facta in primo gradu, sed solum in secundo: & non poterat esse sufficiens ad impediendũ, né iste nepos factus suus uti præteritus in primo gradu rumperet testamentum: & quia

institutio in primo gradu est inutilis, quando fit sub.d.conditione mortis filii eo casu, quo in morte filii fuit purificata ipsa institutio; ad effectum igitur, ut institutio nepotis prædicti sub.d.conditione possit censeri utiliter facta, requiritur, quòd interpretetur facta etiam in primo gradu, & quòd in illo primo gradu non purificetur in morte filii. (ut dictum fuit suprà in principio. & in §. & quid si tantùm. & in §. nunc de lege.) Et similiter præsupponendũ est, quòd ratio, quare admittatur prædicta interpretatio in institutione facta secundum prouisionem Galli, ea sit: quia in ea fuit obseruatum, quòd tempore mortis testatoris & natiuitatis huius nepotis adsit in eo suitas: ex quo infertur, quòd institutio sit facta in eo gradu, in quo de necessitate debuit fieri propter suitatem.d.nepotis: & quia in morte filii non purificatur institutio huius nepotis: sed exigitur euentus alterius conditionis, uidelicet, quòd nascatur hic nepos post mortẽ aui & suus. Et ratio, quare prædicta interpretatio admittatur in institutione nepotis nondùm nati iuxtà formã, seu prouisionem primi capitis legis Velleiæ, est: quia fuit obseruatum, quòd ad sit in.d. nepote instituto suitas eo tempore, quo nascitur, & quia in morte filii non purificatur institutio huius nepotis: sed adhuc exigitur, quòd post mortem iste nepos nascatur suus. (ut declaratũ fuit suprà in §. nunc de lege.) Ratio autem, quare in institutione huius nepotis ex secundo capite non admittatur.d.interpretatio quoʼad effectum, ut ex illa possit succedi: sed solùm quoʼad effectum, ut is nepos institutus impediatur rũpere testamentum; ea est: quia cùm sit obseruatum in ea, quòd suitas superueniat in ipso nepote: utiq; colligitur, quòd sit facta in omni casu, in quo de necessitate debuit institui ad hoc, nè uti præteritus à primo gradu rumpat testamentum. Et quámuis non possit habere efficaciam institutionis in primo gradu quoʼ ad effectum, ut ex illa succedatur, ex quo purificanda uenit omninoʼ in morte filii: propterea admittitur interpretatio solùm de eo, quòd censeatur facta in primo gradu quoʼad illum effectum tantũmodo, ut is nepos prohibeatur rumpere. (ut etiam diximus suprà in §. nunc de lege.) Stantibus prædictis sequitur, quòd ratio, seu causa: propter quam institutio huius nepotis, de quo in tex. nostro non posset censeri utiliter facta, ea est: quia adhuc militant in ea ille due rationes: propter quas uitiari debet institutio de ipso facta sub.d.conditione: nám uti institutio facta in primo gradu, non potest esse ualida: cùm sit facta sub. d.conditione. si filius decesserit uiuo testatore. & in morte filii purificatur conditio & institutio: & quia non potest interpretari facta in primo gradu, cũ non sit obseruatum, quòd in illo nepote adsit suitas tempore natiuitatis suæ contingentis in uita testatoris, uel post mortem; & sic requisita necessaria ad hoc, ut ex prouisione Galli, uel ex sententia legis Velleiæ in primo capite, possit admitti dicta interpretatio: nec etiam potest interpretari facta in secundo gradu quoʼ ad effectum prohibendi solummodo.d.nepotem, nè rumpat testamentum: quia quoʼ ad.d. effectum non præsumitur facta institutio prædicta, nisi quando confertur in illum, qui iám natus est: & ideoʼ infertur, quòd sensus horum uerborum sit; quòd non debeat procedere interpretatio, quòd in casu tex. nostri, hic nepos uideatur utiliter institutus: quia nullo iure, nec ex prouisione Galli, nec ex prouisione primi capitis legis uelleiæ, nec ex prouisione secundi capitis eiusdem legis, potest admitti interpretatio necessaria ad faciendum, quòd institutio sub illa conditione. si filius decedat uiuo testatore. intelligatur facta in primo gradu & utiliter.

Illud autem uerbum. QVI NONDVM NATVS ERAT. fuit appositum ad denotandum, quòd aliud esset si esset natus; quia in nato tempore testamenti, licet non posset admitti interpretatio ex primo capite legis uelleiæ: posset tamen admitti ex secundo capite eiusdem legis; non autem fuit appositũ ad denotandum, quòd in illo nondùm nato sit incapacitas, uel quòd non existat cum illo testamenti factio passiua. Et iuxtà dictum sensum litera est plana: nám dùm dicitur. PROCEDERE PORROʼ DEBET. hoc uerbum importat ac si dictum esset. Interpretari porroʼ debet. uel. procedere interpretatio porroʼ debet, ut is nepos sit utiliter institutus. Et dùm dicit. QVOD NVLLO IVRE POTVIT FIERI. Istud uerbum importat, quòd istud nullo iure potuit fieri: ita quòd illud relatiuum. QVOD. referat illud, de quo statim dictum fuerat, uidelicet, ut interpretetur nepotem institutum fuisse utiliter; Et illud uerbum. FIERI POTVIT. intelligatur de dicta interpretatione, quòd institutio sit utilis: non autem de eo quòd persona huius nepotis possit institui. Et dùm dicit.

QVI

QVI NONDVM NATVS ERAT. hoc uerbum importat q̃ in isto nepote, qui nondum natus erat, non potest admitti dicta interpretatio: quasi q̃ si esset natus aliquo iure, saltem ex decisione secundi capitis posset admitti interpretatio, uidelicet, quod aliquo respectu foret utiliter institutus, ut non posset rumpere testamentum.

8 Sexto est aduertendum dum tex. in uersi. Iulianus. refert opinionem & sententiam Iuliani, quod opinio, seu sententia Iuliani (ut etiam dicit tex.) consistebat in eo, quod in institutione huius nepotis intelligantur commista duo quasi capite legis Velleiæ, Primum uidelicet, & secundum: ex qua interpretatione sequitur, quod licet non possit procedere institutio ex primo capite legis Velleiæ: ex quo hic nepos nõ est suus hæres tempore, quo nascitur; & sic deficit conditio institutionis facte iuxta formam primi capitis legis Velleiæ: attamen procedat alia institutio facta iuxta formam secundi capitis. l. Velleiæ, cuius effectus pertinet solum ad impediendum, ne testamentum rumpatur. Hoc enim important illa uerba. IVLIANO TAMEN VIDETVR DVOBVS QVASI CAPITIBVS LEGIS COMMISTIS IN HOC QVOQVE LEGEM INDVCERE, NE RVMPANTVR TESTAMENTA.

9 nam sensus illorum uerborum DVOBVS QVASI CAPITIBVS LEGIS COMMISTIS. est, q̃ interpretando in institutione, de qua agitur, commista quasi duo capita legis. Et sensus illorũ uerborũ. IN HOC QVOQVE INDVCERE LEGEM. est, q̃ in hoc quoque casu inducenda est decisio legis uelleiæ, ut scilicet, procedat & habeat locũ in isto casu. Et sensus illorũ uerborũ. NE RVMPANTVR TESTAMENTA. est, uel q̃ in ducẽda est illa decisio secundi capitis legis uel leiæ, que pertinet solum ad impediẽdũ, ne testamentum rumpatur; uel q̃ ob dictam rationem (ut testamenta sustineãtur) debeamus ita interpretari prædictam institutionem, ut in ea intelligantur commista quasi duo capita legis. (ut etiã declaratum fuit supra.) Difficultas solùm consistit in declarando, qua ratione possimus interpretari, q̃ in institutione, de qua in tex. intelligatur cõmistũ quasi utrunq; caput, & quomodo ex. d. interpretatione inferratur, q̃ in ea procedat decisio secundi capitis legis uelleiæ, & tollantur obiecta suprà incontrarium deducta. Quo ad primũ respondetur, q̃ si institutio fiat per hæc uerba. si filius uiuo me decesserit, nepos qui mihi ex eo nascetur, & in sui hæredis locum succedet, hæres esto. quia hæc uerba sunt generalia & apta cõprehendere non solum nepotem, qui nascetur suus post mortem filii: sed ẽt illum, qui nascitur in uita filii, dummodo succedat post natiuitatẽ in locum sui hæredis; propterea poterat hæc institutio interpretari in istũ sensum, ac si dictũ esset. si filius uiuo me decesserit, nepos qui mihi ex eo post mortem filii me uiuo nascetur, hæres esto. uel ẽt. Qui uiuo filio nascetur, tamen succedet in locũ sui hæredis, hæres esto. & sic ex generalitate uerborũ est apta cõprehẽdere utrunq; caput legis uelleiæ: quia prima pars pertinet ad primũ caput, alia pars ad aliud caput; Quemadmodũ in casu. l. ii. infrà de hæred. instit. institutio facta per illa uerba. Titium & seium instituo ex partibus, quas infrà ascripero. hẽt sensum duplicis institutionis, uidelicet. Instituo ex æqualibus, si partes ascripsero: & instituo ex inæqualibus, si partes nõ ascripsero. Quò uerò ad secũdũ respõdetur, q̃ ex quo cẽsetur facta duplex institutio. Prima scilicet, ex primo capite legis uelleiæ casu, quo nepos nascatur suus post mortẽ filii; & casu quo nõ possit habere effectũ in isto nepote ista prima institutio, (quia non esset suus tẽpore, quo nascitur) tunc intelligatur facta alia institutio ex secundo capite solũ sub. d. conditione. si succedet in locũ filii. que uidetur pertinere ad secundum caput; idcircò sequitur, q̃ licet deficiat prior institutio uti facta ex priori capite, debeat tamen incipere & procedere alia facta uti ex secũdo capite. Et ad cõtraria ẽ clara solutio: nã quatenus in uersi. Nec posteriori capite &c. dicebatur, q̃ institutio nõ põt censeri facta ex secundo capite solũ ad illum effectũ impediendi, ne institutus nepos rũpat testamentũ nisi quãdo cõfertur in eũ, qui natus est; Respondetur, q̃ in casu nostro licet prior instõ dicatur collata in eũ, qui nõdũ natus sit: (nã actũ fuit, q̃ ex illa pẽdeat testamentũ ẽt antè natiuitatẽ nepotis ut patet) tamen illa secunda uideri debet collata solũ in eũ, qui iã natus eẽt: nã actũ fuit, q̃ illa secunda non incipiat, nec q̃ ab illa pendeat testamentũ, nisi post natiuitatẽ nepotis: quia dũ uiuit filius & permanet suus non põt incipere institutio huius nepotis, nec ex illa põt pendere testamentũ. Declaro. ubi cõtingit, q̃ nepos nascatur post filium, tũc antè natiuitatẽ nepotis statim post mortẽ filii ab institutione

stitutione pendet testamentum, & sic institutio dicitur collata in eum, qui nondum natus est: ubi uero nepos nascitur uiuo adhuc filio, (quia etiam hoc casu facta fuit institutio) hoc casu institutio nepotis non incipit, nec ab ea potest pendere testamentum, nisi post natiuitatem: & hac ratione in casu isto institutio dicetur collata in eum, qui iam natus est; & consequenter potuit uideri facta ex secundo capite ad illum effectum impediendi, ne testamentum rumpatur. Quatenus etiam in uersi. deniq; dicebatur, quod institutio prædicta non potest habere sensum utriusque capitis, cum capita ipsa pertineant ad diuersos effectus; respondetur, quod contrarium procederet si cẽ seretur esse unica tantum institutio; illa enim non deberet diuerso iure censeri, ut in uno casu intelligatur facta ex primo capite quo ad omnes effectus institutionis, & in alio casu solum ex secundo capite quo ad illum effectum tantum, ut prohibeat ne testamentum rumpatur: contra l. eũ qui ædes. ff. de usucap. & l. iam hoc iure. ff. de uulg. & quia continere uideretur repugnantiã: contra l. ubi repugnãtia. ff. de reg. iur. Sed contrarium non procedit intelligendo, q non sit unica institutio, sed duplex. Vna uidelicet ex primo capite, alia ex secundo; tũc. n. non potest dici, q una institutio diuerso iure censeatur, uel q contineat repugnantiam ex eo, quod una intelligatur facta ex primo capite ad unum effectũ; alia ex secundo capite quo ad alium effectum. Pro quo faciunt ea, quæ dicuntur per doct. in l. centurio infra de uulg. circa illam quæstionem de compendiosa facta per uerba cõmunia filio existenti in pupillari ætate: quatenus concludunt, quod intelligendo, quod in illa compendiosa sint plures substitutiones, non una tantum, (qua muis intelligamus esse pupillarẽ intra pupillarem ætatem & postea fideicommissariam) nõ læditur reg. d. l. iam hoc iure. & d. l. eum qui ædes. nec propterea dicitur esse repugnantia; Et ita dicendum est in casu nostro admissa. d. interpretatione, quod censeatur in casu isto facta duplex institutio ex duplici capite legis Velleiæ. Et est aduertẽdum, quod tex. noster cum ministerio dixit. DVOBVS QVASI CAPITIBVS LEGIS COMMISTIS. & sic loquitur per dictionẽ. quasi. que denotat impropriatem ad denotandum, quod uere & explicite non fuit cõmistum utrunque caput legis Velleiæ in ista institutione: quia non fuit dictum. Si filius ui uo me decesserit, tunc qui mihi ex eo nepos post mortẽ filii uiuo me nascetur, hæres esto; etsi filius uiuo me decesserit, tunc nepos qui mihi uiuo filio nascetur & succedet in locum sui hæredis, hæres esto. nã hoc casu tex. præsupponit, quod non esset difficultas, quin iste nepos intelligatur utiliter institutus, & quin ex secundo capite legis Velleiæ procedat institutio ad effectum impediendi, ne testamentum rumpatur. Sed quod difficultas militet in casu, quo casus utriusque capitis uere & explicite non fuit commistus: sed solum ex uerborum generalitate uideri potest comprehẽsus, prout si dictum fuisset. Si filius uiuo me decesserit, nepos qui mihi nascitur in locũ sui hæredis succedens, hæres esto. & hoc casu determinat, quod solum per interpretationẽ nepos intelligatur utiliter institutus.

10 Septimo est aduertẽdũ circa illud dictũ tex. uidelicet. POSTERIORE CAPITE NON PERMITTIT INSTITVI, SED VETAT RVMPI. de quo in uersi. deniq; quia continet plura. Nam primo continet, quod non sit permissa institutio horum nepotum, qui siue sint nati tempore testamenti, siue nõdũ nati, efficiuntur tamẽ sui post natiuitatem sub conditione. si filius uiuo me decesserit. Secundo q licet ista institutio non sit permissa, & non habeat uim & efficatiam institutionis: attamen sufficiat ad impediendum, nè ipse nepos rumpat testamentum. Non. n. possumus dicere, prout dicunt communiter doct. post Bar. hic, uidelicet, q istud dictum contineat solum, quod potestas instituẽdi istos nepotes non sit de nouo iuducta per secundum caput legis uelleiæ: quia iam prius fuerat inducta per legem. xii. tabul. quo iure simpliciter & absolute nepotes iam nati poterant instituti per plura. Primo, quia falsum est, quod nepotes nati possent institui in primo gradu sub d. conditione. Si filius decesserit uiuo patre testatore. & falsum est, quod d. institutio de iure. xii. tab. haberet sensum & intellectũ in institutiõis factæ in primo gradu. (ut dictũ fuit ẽ in §. nũc de lege uelleia.) Secũdo, quia ẽt posito, q antè legẽ uelleiã procederet ista institũ, malè diceret tex. dum dicit; Lex uelleia non permittit institui: sicut ẽt dicitur prohibere, nè rũpat testã; Nã si procedit institũ antè legem uelleiã, similiter antè legẽ uelleiam procedit prohibitio, ne rumpat testamentum: quia is, qui utiliter est institutus prohibetur rũpere; Vndè sicut non obstante, quod antè legem

uelleiam

Velleiam procederet ista prohibitio, lex Velleia dicitur prohibere; ita etiam non obstante, ꝙ procederet institutio, ipsamet lex Velleia diceretur permittere institutionem. Nec satisfacit si uelles dicere, quòd illa uerba. VETAT RVMPI. habeant illum sensum; quòd lex Velleia dat consilium, quòd instituatur ad hoc, ut hic nepos prohibeatur rumpere: ita quòd non contineat, quòd ipsa lex Velleia prohibeat rũpi, sed quod solùm dat consilium prouidendi, né possit rumpere; quia ultrá quòd hic intellectus est admodum extraneus, repugnat etiam uerbis ipsius tex. quia si solùm continerent, quòd lex Velleia daret istud consilium, uerba ipsa essent referenda ad testatorem, cui daret consilium: non autem ad nepotem. Accedit quia ad dandum huiusmodi consilium non fuisset necessaria constitutio legis: & ulteriùs quia tex. in §. quid si is. & in §. nunc de lege. & in §. nostro. & in l. posthumi. infrà tit. i. aperté præsupponũt, ꝙ ista prohibitio rumpendi testamentum sit inducta per legem uelleiam. Postremò istud, quod dicunt doct. cõfunditur: quia negari nõ potest, quin istud dictum pertineat etiam ad illos nepotes, qui nondùm erant nati tempore testamenti, & qui efficiuntur sui post natiuitatem: quia (ut dictum fuit suprá in. §. nec posteriori.) secundum caput. l. uelleiæ loquitur ẽt de illis, qui non erant nati tempore testamenti, qui tamen post natiuitatem ex aliquo interuallo succedunt in locum sui hæredis; & (ut ista tim fuit declaratum) Iulianus determinat, ꝙ decisio secundi capitis legis uelleiæ, & consequenter istud dictum. ꝙ non permittat instituí, sed uetat rumpi. procedat etiam in isto nepote nondùm nato, de quo agitur in casu tex. nostri. Non enim possumus dicere, ꝙ quòad istum nepotem corrigat illud dictum: cùm sua sententia & opinio pertineat solùm ad interpretandum, quòd institutio sit facta ex secundo capite legis uelleiæ. & tamen nulla ratione dicere possumus, (etiam secundũ doct.) quòd antè legem uelleiam procederet institutio huius nepotis nondùm nati, facta sub illa conditione. Si filius uiuo patre testatore decederet. ita quòd quòad istum nepotem nondùm natum, oportet fateri, quòd eius institutio non sit permissa antè legem uelleiam: quæ tamen institutio, licet sit inualida, est tamen utilis quòad illum effectum, ut iste nepos nõ possit ueluti præteritus rumpere testamentũ.

11 Ratio autem, quare nedùm per legem uelleiam sit permissa institutio huius nepotis siue nati, siue non nati, quando efficitur suus post natiuitatem ex aliquo interuallo, ubi fit sub illa conditione. Si filius decesserit uiuo testatore, est: quia in casu isto militat illud uitium, ꝙ in morte filii purificatur. d. institutio. (ut declaratũ fuit ſ in. §. nunc de lege.) Solùm superest 12 difficultas in declarando quomõ possit istud dictum procedere, Quòd nepos institutus ex secundo capite legis uelleiæ sub illa conditione. Si filius decesserit uiuo testatore. non possit succedere ex illa institutione, quia dicta institutiõ non est permissa: & tamen per illam institutionẽ excluditur á ruptella testamenti: nám ex hoc uidetur sequi unum maximé ab surdũ, uidelicet, quòd d. institutio habeat uim & efficaciã exhæredatiõis, dúm excludit á ruptella testaméti, prout excludit exhæredatio; & tamen non efficit, quòd possit hic hæres instítutus succedere: ita ꝙ dicta institutio uidetur operari contrariũ effectũ: contrá. l. legata inutiliter. ff. de adim. leg. & l. quod fauore. C. de legi. Accedit quia si uolumus præsupponere, ꝙ hic nepos excludatur omninò á successione aui, inducimus maximã iniquitatẽ, & facimus contrà testantis uoluntatẽ & desideriũ: contrá. l. unicã. C. de his qui antè apert. tab. Si uerò uolumus, quòd admittatur ad successionẽ, (pro ut reuera præsupponẽdum est) & tunc si dicimus, ꝙ succedat ex testamento, sequitur, ꝙ succedat uigore. d. institutionis; & consequenter, quòd. d. institutio sit ualida et permissa, & quòd falsum sit illud dictũ. Quòd non permittat instituí. Si uerò dicimus, quòd succedat ab intestato, sequitur, ꝙ testamentũ rumpatur: quia testamentum non potest esse ualidum, quando succeditur ab intestato. l. antequám. C. cõia de succeſſ. l. i. infr. si tab. testam. nulle extab. l. quãdiu. la secunda. infrà. de acq. hæred. facit regula. l. ius nostrum. infrà de reg. iur. Pro resolutiõe huius difficultatis præsuponendum est id, quod in superioribus fuit declaratum, maximé suprá in princ. huius legis, & in. §. & quid si tantùm. uidelicet, ꝙ ista institutio facta sub hac forma. si filius uiuo me decesserit &c. habet sensum substitutionis, seu institutionis factæ in secundo gradu: prout etiam est de mente omnium doct. & est casus in l. cùm in testamento. in princ. infrà de hæred. instit. & l. si mater. §. fin. infrà de uulg. Habet etiá sensum institutionis factæ in primo gradu in casu, quo hic nepos efficiatur suus et rumperet testamentũ si non esset institutus in

primo gradu, sed præteritus: quia non sufficeret istum nepotem esse institutum in secundo tantùm gradu ad hoc, ut non posset uti præteritus rumpere testamentum: sed oporteret ut sit institutus in primo gradu. (ut ibi fuit declaratum.) Quo stante sequitur resolutio prædictæ difficultatis: nàm sequitur, quòd in casu institutionis factæ ex secundo capite legis Velleiæ hic nepos institutus, qui efficitur suus ex aliquo interuallo post eius natiuitatẽ & post testamentum, licet non potest succedere ueluti ex institutione facta in primo gradu: ex quo lex nõ approbat institutionẽ ex primo gradu, que purificatur in morte filii & hæredis instituti: attamen non impeditur succedere ex dicta institutione quatenus habet sensum substitutionis & institutionis factæ in secundo gradu, quam etiam exprimunt uerba, quæ purificantur in morte filii: nàm substitutio in secundo gradu sub dicta conditione, semper fuit permissa & in nepote nato, & in nondùm nato, (ut dictum fuit suprà in principio leg.) & sic nepos succedit ex testamento: sed quia succedit uti institutus in secundo gradu, non autem uti ex substitutione in primo gradu: propterea adhuc remanet & procedit istud dictum, quòd non sit permissa institutio in casu secundi capitis legis Velleiæ: quia hoc dictum continet solùm, quòd non sit permissa institutio in primo gradu: nõ autem, quòd non sit permissa substitutio in secundo gradu. Procedit etiam quod iste nepos non succedit ab intestamento, & consequentur quòd non rumpat testamentum: quia succedit ex testamento, licet non ex primo gradu institutionis; sed ex secundo gradu substitutionis; nec potest uti præteritus in primo rumpere testamentum: quia licet institutio huius nepotis in casu secundi capitis legis Velleiæ in quantum habet sensum institutiõis factæ in primo gradu, non sit ualida quòad illum effectum, ut ex illa uti ex institutione primi gradus succedatur: attamen ex decisione secundi capitis legis uelleiæ fuit facta ualida quòad istum effectũ, ut impediat nè iste nepos rumpat testamentum, & ut non dicatur omninò præteritus in primo; nec per hoc fit, quòd dicta institutio habeat sensum exhæredationis: quia hic nepos adhuc potest succedere uti hæres ex testamento, quàmuis non succedat ex primo gradu, sed ex secũdo gradu institutionis: & fuit etiam scriptus in primo. Nec in casu isto propter hoc resultat aliqua iniquitas, sed magna æquitas: nàm cùm nepos possit esse suus hæres ex testamento (quàmuis solùm ex secundo gradu) nulla est iniquitas si prohibeatur rumpere testamentum: maximè cùm testator illum etiam instituit in primo gradu, quàmuis lex non approbet illam institutionẽ uti factam in primo sub illa conditione mortis filii hæredis instituti. Eò maximè, quia quòad d. nepotem non interest, an succedat uti ex primo, an uti ex secundo eueniente casu, quòd filius decedat uiuo testatore: ita quòd cessant prædictæ difficultates. Et negari non potest, quin hæc omnia præsupponantur in tex. nostro in eo, quod dicit, quòd ex secundo capite legis Velleiæ non permittitur institutio, sed prohibetur nepos nè rumpat testamẽtum: quia dùm lex disponit, quòd ex forma secundi capitis nepos instituatur, & tamen eadem lex dicat, quòd nõ permittat institui ex illo secundo capite; necessariò sequitur, quòd sensus dictorum uerborum sit, quòd lex nõ approbet d. institutionem: Et dùm dicit, ꝙ prætextu d. institutionis uetat rumpi, necessariò dicendum est, ꝙ sensus huius dicti sit, ꝙ dicta institutio habeat efficatiam impediendi nepotem institutum, nè rumpat testamentũ; & quia non possumus dicere, ꝙ nepos sit exhæredatus & omninò excluſus a' succesione: & etiam non possumus dicere, ꝙ succedat ab intestato, sed solùm ex testamento; (ut suprà dictum fuit) propterea necessariò dicendum est, ꝙ tex. præsupponat istum nepotem succedere uti ex substitutione, & sic ex illa institutione quatenus habet sensum institutionis factæ in secundo gradu; Et reuera omnia sunt de mente legis nostræ.

13 Postremò quia tex. dicit, ꝙ hic casus, de quo agitur est difficilis: propterea est uidendũ in quo consistat difficultas huius casus. Si nos teneremus opinionem doct. uidelicet, ꝙ hic casus non sit decisus per legem uelleiam, nec ꝙ pertineat ad d. legem; & sic ꝙ in tex. non agatur de eo, quomodo possit fieri, uel admitti interpretatio qua mediante fiat, quòd hic casus pertineat ad legem uelleiam: sed quòd ex noua prouisione inducta per Iulianum sit cõstitutum, quòd procedat institutio; in casu huius tex. non possumus considerare aliquam difficultatem circà huiusmodi casum: cùm agendum esset solùm de inducendo hanc nouam prouisionem, & præsupponendũ, quòd pænes istos Iureconsultos esset authoritas statuendi ius de nouo præter mentem iuris antiqui

tiqui, pro ut præsupponunt doct. Sed si tenemus, quod suprà conclusum fuit, uidelicet, q̃ non agatur in tex. nostro de inducendo prouisionem de nouo: sed solùm de eo, an mediãte aliqua interpretatione possit institutio huius nepotis, de quo in tex. procedere ex dispositione legis uelleiæ, & uti facta iuxtà formam d. legis: dicendum esset, q̃ difficultas consistit in inquirendo rationem, propter quam esset admittenda d. interpretatio. Et ex hoc infertur, q̃ dùm tex. noster dicit esse difficultatem in præsenti casu, præsupponit, q̃ ista opinio & sententia Iuliani circà eius decisionem non cõtineat nouum ius diuersum a' dispositione iuris antiqui: & similiter q̃ Iulianus non haberet authoritatem statuendi nouum ius præter & ultrà mentem iuris antiqui: (quia nisi ista præsupponeret, non posset esse difficultas apud eum circà decisionem prædicto casus) sed q̃ solùm pertineat ad interpretãdum institutionem de isto nepote, de quo in tex. ita ut in d. institutione possit habere locum decisio legis uelleiæ. Quod facit pro illa opinione, quam firmaui ſ. in principio legis, uidelicet, q̃ Iureconsulti non habebant authoritatẽ condendi nouum ius, quod esset contrà, uel præter mentem iuris antiqui: sed solùm interpretando mentem iuris antiqui.

14 Decisio igitur tex. nostri est, q̃ licet explicitè in institutione huius nepotis nati non fuerit expressa forma secundi capitis legis uelleiæ: Si tamen uerba institutionis possint comprehendere nepotem nõdùm natum, qui ex aliquo interuallo post natiuitatem efficitur suus, q̃ interpretabitur etiam iuxtà formam secundi capitis legis uelleiæ: & propterea procedet institutio iuxtà decisionem. l. uelleiæ in secundo capite: & ista decisio potest exemplificari in omni casu, in quo uerba sunt generalia ad utrunque nepotem nondùm natum, siue nascetur suus, siue efficietur suus solùm ex postfacto, pro ut quãdo dictum esset. Si filius meus me uiuo decesserit, quicunq; nepos qui mihi ex eo nascetur succedens in eius locum, hæres esto. uel si filius me uiuo suus hæres esse desierit, quilibet liberorum qui mihi in eius locum succedet, hæres esto. Vel explicitè, nepotẽ qui mihi ex eo suus hæres nascetur, uel post natiuitatem in sui hæredis locum succedet hæres esto. & de hoc non potest esse dubitatio: quia uerba possunt pati istam interpretationem, q̃ sit in hac forma institutionis sub uerborum generalitate commista forma secundi capitis legis uelleiæ. Pro quo facit tex. ſ. in. §. uidendum. in forma institutionis ex secũdo capite, quam expressit. Dubitatio tamen eẽ potest, quid in casu quo uerba institutionis huius nepotis exprimant solùm primum caput, non autem secundum: quia dictum esset precisè & tantummodo. Si filius meus me uiuo morietur, tunc qui mihi ex eo suus hæres erit dùm nascitur, hæres esto. an hoc casu institutio extendatur ad casum, in quo nepos non nascitur suus, sed efficitur suus post natiuitatẽ: & uideretur dicẽdum, q̃ debeat extendi: quia cùm hic casus cõtineatur sub dispositione ex formula legis uelleiæ, (ut dicitur in tex. nostro) sequitur, q̃ illa institutio ad istum casum extendatur: ex quo ſ. in §. & quid si tantùm. deciditur, (ut ibi declaratum fuit & in §. quid si is.) q̃ubi exprimitur unus casus de his, qui sũt cõprehensi in formula fiat extensio ad quoscunq; alios casus comprehenses sub eadẽ formula. Contrariũ tamen, quòd non extendatur iudicio meo uidetur esse de mente tex. nostri, inquantum uult, quòd sit necessaria interpretatio quòd utrunq; caput legis uelleiæ sit commistum in institutione huius nepotis ad effectũ, ut in isto nepote procedat institutio: nàm in hoc uidetur præsupponere, quòd unũ caput non porrigatur ad aliud: quia si porrigeretur non esset necesse interpretari, quòd comprehendat utrunq; caput, & quòd utrũque caput fuerit commistum. Accedit quia institutio ex primo capite tendit ad unum effectum: institutio uerò ex secundo ad alium; (ut dicitur hic in uersic. deniq;. & dictum fuit ſ.) igitur ex institutione unius capitis non possumus inferre ad institutionem ex alio capite. l. papinianus exùli. ff. de minor. l. f. ff. de calumniat. Facit etiam, quia non est unica formula utriusque capitis: sed sunt duæ diuersæ & distinctæ formulæ, (ut præsupponit tex. hic. & patet ex tex. in §. uidendum.) igitur &c. Illud autem, quod de extẽsione unius casus ad aliũ dicitur in d. §. & quid si tantùm. & in d. §. quid si is. procedit, quando uterq; casus, & ille, qui fuit expressus, & ille, ad quem fit extensio sũt comprehensi in illa formula generali, que reperitur in iure posita de dicta institutione: secus autem quãdo casus expressus pertinet ad unã formulam, casus uerò tacitus ad aliam. & formulæ prædictæ pertineãt ad diuersos effectus, pro ut contingit in casu quæstionis nostræ. Hinc uidemus, quòd sicut institutio expressa solùm in casu Galli non extenditur ad

casum

casum, qui pertineat ad formulam legis uelleiæ, nec é contrá; (ut præsupponitur in qualibet parte huius legis.) ita etiã institutio facta in casu primi capitis legis uelleiæ, non debet posse porrigi ad casum, qui pertineat ad formulam secundi capitis legis uelleiæ; Necesse est igitur, ut procedat decisio tex. nostri, quòd uerba institutionis huius nepotis nõdùm nati sint generalia ad utrunque caput. (ut suprà fuit declaratum.)

De duobus etiam esset tractandum pro cõplemento eorum, quæ tanguntur per doct. circa materiam huius. §. Et primó quia Bart. & omnes doct. dicunt, ꝙ ius prætorium induxit, ꝙ posthumus alienus posset institui, & similiter istud idem fuit inductum per Imperatores, ut habetur inst. de leg. §. posthumo. & de bon. poss. in prin. idcircó uidendum esset, quid contineat ista decisio iuris prætorii & iuris ciuilis codicis, quòd posthumus alienus posset institui, præsuppositá opinione nostra, quó'd de iure ciuili legis xii. tabul. & digesto. esset testamenti factio cũ illis qui nondùm nati essent: & qua ratione inducta fuerit decisio prædicta per Prætores & per Imperatores. Secundó uidendum esset, an & quando dictio. IN. de notet augumentum, & quando diminutionem, seu priuationem, de quo etiam post Bart. tangunt alii hic; sed de his duobus commodiùs dicetur infrá in quæstionibus.

Sequitur §. Quæremus.

1 *Institutio facta de nepote sub conditione. si nascetur suus, aut si post natiuitatem succedet in locum sui hæredis. est utilis & ualet quàmuis nepos nunquàm efficiatur suus, ut quia fuerit emancipatus.*

2 *De iure isto ualebat institutio nepotis nondũ nati quãuis nunquàm efficeretur suus.*

3 *Quomodo & qua ratione institutio de nepote collata in casum suitatis sustineatur, si conditio suitatis in eo deficiat.*

4 *Iuxtà præsuppositá doctorum non potest reddi Concludens ratio.*

5 *Ideò iuxtà noua præsuppositá uera redditur & cõprobatur ratio.*

6 *Decisio glos. Bar. & doct. in l. si mater §. fin. infrà de uulg. & pup. pluribus rationibus reprehenditur.*

7 *Nepos nondùm natus & qui nunquàm factus fuit suus iure isto poterat institui etiam quòd non teneret primum locum in successione de iure pretorio, & etiam quòd uti præteritus non haberet bonorum possess. contra tab. testamenti paterni: quicquid dixerit Paul. de Castr.*

8 *Intellectus & restrictio Aretini ad istum tex. ex pluribus confutatur & reprehenditur.*

9 *Quomodo & qua ratione tex. iste ex decisione Iuliani inferrat ad decisionem huius casus, cùm tamen inter se plurimum distent.*

10 *Ratio illa posita in tex. Cum emancipatione suus hæres fieri non potuit. quemadmodum adaptari debeat ad decisionem casus & quæstionis, de qua in textu.*

QVÆREMVS TAMEN. Decisio huius tex. uidelicet, quó'd institutio huius nepotis nõdúm nati facta iuxtá formam legis uelleiæ operatur, quó'd iste nepos possit effici hæres, quámuis non nascatur suus, nec efficiatur suus post natiuitatem, continet plura. Et primó, quó'd institutio huius nepotis, quámuis sit facta sub conditione. si nascatur suus, uel si post natiuitatem succedet in locum sui hæredis. que conditio intelligitur in institutione secũdùm formam primi & secundi capitis legis uelleiæ. attamen porrigatur ad casum, inquo omninò deficiat d. conditio in isto nepote, quia non nascatur suus, nec post natiuitatem possit succedere in locum sui hæredis propter impedimentum emancipationis: nám (ut dicunt communiter doct.) decisio tex. nostri procedit & loquitur non solùm in casu, quo iste nepos aliquando fuit factus suus & deindé propter emancipationem desiit esse suus: sed etiam in casu, quo propter emancipationem factum fuit, quó'd nunquam fuerit factus suus, ut denotant illa uerba. NAM PROPTER EMANCIPATIONEM SVVS HÆRES FIERI NON POTVIT. & etiam denotant illa alia uerba. AN SI NASCATVR VIVO PATRE, DEINDE EMANCIPETVR. quæ sunt generalia ad utrunque casum, siue emancipatio sit post mortem patris, siue antè mortem patris. Quinimó illud uerbum. DEINDE. uidetur denotare, quó'd post natiuitatem huius nepotis uiuo patre prius quá aliud euenerit circá personam patris, subsequuta fuerit emancipatio huius nepotis: & consequenter, quòd nunquam fuerit factus suus. Et licet Alex. hic respondendo ad not. per glo. & doct. in l. si mater §. i. infrá de uulg. intelligat, quó'd tex. noster loquatur in casu, quo nepos erat factus suus, sed propter emancipationem desierat esse suus: tamen eius intellectus diuinat, & uerba tex. repugnant, ut etiam dicunt doct. quia uerba comprehendunt casum, in quo nunquam fuit factus suus.

2 Secundó continet, ꝙ isto iure procedat institutio de isto nepote nõdúm nato, quámuis

nunquám

nunquàm fuerit factus suus, & solùm possit esse hæres uoluntarius, & quòd institutio pro cedat de iure ciuili: ut denotant illa uerba. SPONTE ADIRE HÆREDITATEM POSSIT. & consequenter, quòd cum illo fuerit testamenti factio; & in hoc confunditur opinio & præsuppositum doct. qui præsupponebant, non esse testamenti factionem cum istis nondùm natis, qui non essent nasciturí sui nisi in casibus, de quibus per Gallum, & legem Velleiam, & Iulianum, uidelicet, in casu, quo nascerentur sui, uel in uita, uel post mortem testatoris, uel in casu quo ex aliquo interuallo post natiuitatem efficerentur sui: ex quo procedit institutio huius nepotis non dùm nati, quámuis nunquám sit factus suus, quod aliter non potest esse nisi præsupponamus, quòd esset capax, & quòd cum illo esset testamenti factio. Tertiò continet, quòd 4
d. quæstio & decisio procedit postquàm fuit recepta Iuliani sententia, de qua in §. proximo præcedenti. quasi quòd non ita procederet si non esset sententia Iuliani recepta, ut denotãt illa uerba tex. nostri. QVÆREMVS TAMEN CVM RECEPTA EST IVLIANI SENTENTIA. Vltimò continet, quòd prædicta decisio, uidelicet, quòd iste nepos in casu huius tex. sponte possit adire hæreditatẽ, & ualeat eius institutio, procedet ob illam rationem: quia propter emancipationem factũ fuit, ꝙ non potuit fieri suus; ut denotant illa uerba. QVOD MAGIS PROBANDVM EST: NAM EMANCIPATIONE SVVS HÆRES FIERI NON POTVIT; quod prima facie uidetur mirabile: attentò, ꝙ prædicta ratio uidetur pertinere ad probandum oppositum, uidelicet, quòd in casu isto non procedat institutio huius nepotis: attentò, quòd nunquám fuit factus suus; & propter ea in d. nepote deficit conditio sub qua facta fuit institutio de eo: Idcircò uidendũ est, quo modo prædicta possint procedere. Nám prima facie uidentur obstare plures difficultates, quas impossibile est dissoluere tenendo opi- 3
niones & præsuppositа doct. Quantum ad primum, quòd institutio huius nepotis nondùm nati porrigatur ad casum, in quo hic nepos nunquám factus fuerit suus, & in eo defecerit conditio, sub qua facta fuerit institutio, est magna difficultas quomodo istud possit procedere: ex quo ista institutio uidetur limitata & restricta ad casum suitatis huius nepotis, & facta in suitate: idcirco non uidetur, ꝙ possit extendi ad casum, in quo nepos non efficiatur suus: per ea, quæ dicunt Bart. & alii in l. si mater. §. i. post glo. ibi. infr. de uulg. Et tantò magis, quia casus iste, ad quem fit extensio differt plurimum á casu expresso in institutione: nám in eo non militat illa ratio, que militat in casu expresso; non enim præteritione huius nepotis, qui nunquàm factus fuit suus potuit testamentum ipso iure rumpi, pro ut potuit præter præteritionem nepotis in casu expresso: & sic in casu isto cessat necessitas institutionis nepotis, que militabat in casu expresso; Pertinent etiam ad diuersum effectũ: quia in casu tacito nepos efficitur solùm hæres uoluntarius per suam aditionem, in casu expresso fit hæres suus & necessarius. Vndé uidẽtur cessare omnes rationes, propter quas conceditur extensio de casu ad casum, de quibus dicitur. s. in §. & quid si tantum. Si tenemus opinionem doct. uidelicet, ꝙ institutio huius nepotis in casu præsentis legis haberet solùm sensum & intellectum substitutionis in secundo gradu: non autem sensum & intellectum institutionis factæ in primo gradu, nullo modo posset resolui prædicta difficultas: quia si exigitur, ꝙ in dicta substitutione apponatur illa cõditio. Si nepos nascatur suus post mortem aui. (secundum opinionem Galli) & quòd apponatur illa conditio. si nascatur suus in uita aui. (secundum prouisionem primi capitis legis uelleiæ) uel apponatur illa. si succedet in locum sui hæredis. (iuxtà prouisionem secundi capitis legis uelleiæ & Iuliani in. §. præcedenti.) impossibile est, quòd substitutio huius nepotis procedat in casu quo nunquàm efficiatur suus: quia si in casu isto procederet substitutio, essent omninò superfluæ ille conditiones, quæ exiguntur in substitutione secũdum formá Galli, Vellei, & Iuliani. Accedit, quia licet non soleat uitiari institutio ex eo, quia fiat mutatio de hærede suo & necessario in uoluntarium, & é contra de uoluntario in suum & necessarium, pro ut dicunt doct. per istum tex. & in §. forsitan. suprà ead. lege. & in l. filio quem pater §. f. s. eod. non tamen reperitur in iure nostro, quòd institutio, uel substitutio limitata & restricta ad casum hæredis sui & necessarii extendatur ad casum hæredis uoluntarii, & é contrà, quòd limitata ad casum hæredis uoluntarii extendatur ad casum hæredis necessarii. Præterea si ista substitutio porrigitur ad casum, in quo iste nepos emancipatus nunquàm fuit factus suus, quomodo

potest

poteſt eſſe difficultas in §. præcedenti, an po-
tuerit porrigi mediante interpretatione ad
caſum, in quo hic nepos non efficitur ſuus in
natiuitate, ſed ſolùm ex interuallo poſt nati-
5 uitatem. Si uerò tenemus illam opinionẽ,
quam ſæpe ſuprà firmaui & in principio hu-
ius legis, & in §. & quid ſi tantùm. & in §. præ-
cedenti. uidelicet, quòd inſtitutio huius nepo-
tis in caſibus Galli &. l. uelleiæ & Iuliani ſub il
la conditione. Si filius hæres inſtitutus deceſ
ſerit uiuo teſtatore. habeat intellectum inſti
tutionis in primo gradu & etiam ſubſtitutio
nis in ſecundo gradu, & ꝙ habeat intellectum
inſtitutionis in primo gradu omni caſu, quo
hic nepos efficitur ſuus & neceſſarius, quo ca-
ſu eſt neceſsitas illũ inſtituendi in primo gra-
du; ſed habeat intellectum ſubſtitutionis fa-
ctæ in ſecundo gradu quotiens nõ contingat
iſtum nepotem effici ſuum & neceſſarium:
quã ſubſtitutionem ſignificant & exprimunt
illa uerba. Si filius meus me uiuo deceſſe-
rit. (& quòd habeat ſenſum inſtitutionis,
præſupponitur in qualibet parte huius le-
gis; Quòd autem habeat intellectum ſubſti-
tutionis in ſecundo gradu, præſupponit pro
indubitato tex. in l. cùm in teſtamento. infrà
de hæred. inſtitu. & in l. ſi mater §. f. infrà de
uulg.) patebit clara reſponſio & reſolutio ad
prædictam difficultatem, quia illa conditio. ſi
nepos naſcatur ſuus, uel efficiatur ſuus poſt na
tiuitatem. quatenus fuit adiecta ex prouiſio-
ne Galli, uel legis uelleiæ, uel Iuliani intelligi-
tur ſolùm appoſita ad limitandum ipſam in-
ſtitutionem ad caſum ſuitatis & neceſsitatis
in quantum habet ſenſum & intellectum in-
ſtitutionis factæ in primo gradu: quia hoc ca
ſu eſt neceſsitas inſtituendi ipſum nepotem
in primo gradu, quámuis non deficiat inſtitu
tio filii, & non poſsit habere locum ſubſtitu-
tio in ſecundo gradu; (ut dixi in d §. & quid ſi
tantùm.) ſed prædicta conditio non cenſetur
adiecta dictæ inſtitutioni in quantum habet
ſenſum & intellectum inſtitutionis, ſeu ſubſti-
tutionis factæ in ſecundo gradu; Et ratio dif
ferentiæ eſt, quia illa conditio de ſuitate huius
nepotis eſt neceſsaria ad finem, ut poſsit eſſe
ualida inſtitutio in primo gradu ſub illa con
ditione. ſi filius inſtitutus deceſſerit. ſed nõ eſt
neceſsaria quòd ad effectum, ut ualeat ipſa inſti
tutio in quantum habet ſenſum & intellectũ
ſecundæ inſtitutionis factæ in ſecundo gradu:
quia ſubſtitutio generaliter & indiſtinctè po-
teſt concipi ſub illa conditione. ſi filius hæres
inſtitutus uiuo teſtatore deceſſerit. (ut declara
tum fuit in principio legis.) Vndè fit quòd il
la conditio de ſuitate nepotis inſtituti debet
ſolùm cenſeri adiecta, ut faciat conditionem
in ea parte diſpoſitionis, pro qua eſt neceſſa-
ria: & ſic quatenus habet intellectum inſtitu-
tionis: non autem ut faciat conditionem in ea
parte diſpoſitionis, pro qua nõ eſt neceſſaria,
& ſic quatenus habet intellectum ſubſtitutio-
nis. l. f §. Seia. ff. de leg. ii. l. Seia §. Caio infr. de fũ
do inſtr. per quæ iura Bar. ibi concludit, quòd
conditio adiecta diſpoſitioni facit ſolùm con
ditionem quòd ad illam partem, cui conuenit:
non autem quòd ad aliam, cui non conuenit:
& quia conditio in dubio cenſetur expreſſa
eo modo, quo eſt neceſsaria: non autem alio
modo. l. iii. infrà de leg. i. l. in conditionibus.
primum locum §. i. infrà de cond. & demõſt.
& declaratum fuit in. d. l. iii. & in d. l. i. infrà de
uulg. Ex prædictis ſequitur, quòd licet inſtitu
tio huius nepotis quatenus habet intellectum
inſtitutionis intelligatur limitata ad caſum
ſuitatis ipſius nepotis: attamen quatenus ha-
bet intellectum ſubſtitutionis, (quod contin-
git quocunque caſu iſte nepos non efficiatur
ſuus, ſed ſit hæres uoluntarius) non intelligi-
tur limitata ad caſum ſuitatis. d. nepotis. Præ-
dicta comprobãtur ex eo, quia iſta inſtitutio
non poteſt accipi in ſenſum ſubſtitutionis in
caſu ſuitatis huius nepotis: quoniam ſi in caſu
iſto nepos nõ cenſeretur inſtitutus in primo
gradu, uti præteritus rumperet teſtamẽtum;
(non enim ſufficeret, ꝙ cenſeretur ſubſtitutus
in ſecundo gradu) igitur ſequitur, ꝙ iſta inſti-
tutio nepotis non poteſt habere ſenſum & in
tellectum ſubſtitutionis in ſecundo gradu, ni-
ſi in caſu, quo iſte nepos exiſtat ſolùm hæres
uoluntarius; & propterea de neceſsitate ſi de-
bet habere ſenſum & intellectum inſtitutio-
nis in ſecundo gradu, iſta inſtitutio debet ex-
tendi ad caſum, in quo iſte nepos non efficia
tur ſuus, ſed exiſtat ſolùm hæres uoluntarius.
Et hæc omnia præſuppoſuit tex. noſter dùm
determinat, quòd hic nepos poteſt adire uti
hæres uoluntarius, quia nunquam fuit factus
ſuus: nàm hæc uerba important, ꝙ ex quo
nunquam fuit factus ſuus, non euenit caſus, in
cuius euentum dicta inſtitutio cenſeatur facta
in primo gradu: ſed ſolũ caſus in cuius euen
tum cenſetur ſubſtitutio facta in ſecundo gra
du, & quòd ideò uti ex ſubſtitutione poteſt
adire uti uoluntarius hæres: quia uti ſubſtitu-
tio non cenſetur limitata ad caſum, in quo

hic,

hic nepos efficiatur suus. Comprobantur prædicta ex eo; quia in tex. nostro non dicitur, quo iure procedat institutio huius nepotis in casu tex. nostri, quemadmodum dictum fuerat in §. præcedenti. & in qualibet parte huius legis; in quibus locis semper exprimitur, an procedat ex lege Velleia, an ex iure antiquo Galli, & an ex primo, an ex secundo capite legis Velleiæ. Quinimò in casu tex. nostri non agitur de extensione alicuius legis, pro ut in §. præcedenti: sed simpliciter deciditur, quòd hic nepos potest sponte adire hæreditatem: nàm ex hoc colligitur, quòd dispositio Galli & legis uelleiæ & etiam Iuliani militant circà institutionem huius nepotis in quantum accipitur pro institutione primi gradus, & sic in casu in quo efficitur suus hæres: quia ad effectum, ut possit censeri institutio in primo gradu & utiliter facta, necesse est, quòd militet aliqua ex prædictis decisionibus; sed quòd dictæ decisiones non militant, nec attenduntur circà institutionem. d. nepotis in quantum accipitur pro secunda institutione & substitutione facta in secundo gradu, pro ut accipitur quando hic nepos nunquam efficitur suus; & tamen defecit institutio filii: sed quòd in casu isto ex iure communi legis xii. tab. procedat substitutio huius nepotis nondùm nati. Et si diceres, quòd tex. iste præsupponit, q̃ institutio in casu suo procedat ex sententia Iuliani dùm dicit, quòd quæstio & decisio huius tex. procedit postquàm fuit recepta sententia Iuliani: Respondetur quòd ex hoc non infertur, quòd decisio tex. procedat ex sententia Iuliani, sed habet alium sensum. (ut dicetur infrà declarando, quare ista quæstio & decisio procedat potiùs post receptam sententiam Iuliani, quàm antea.) Quantum autem ad ea, quæ not. per glo. Bart. & doct. in l. si mater §. i. infrà de uulg. uidelicet, quòd institutio nepotis facta iuxtà prouisionem Galli non porrigatur ad casum, in quo filius superuiueret testatori, & eius hæreditatem repudiaret, quàmuis in casu illo habeat solùm intellectum substitutionis; est aduertendum, quòd illud dictum procederet præsupposito, quòd ille nepos nondùm natus non esset capax institutionis neque substitutionis, nisi in casu quo efficiatur suus: quia si non posset substitui alio modo, quàm in casu quo efficiatur suus, oporteret fateri quòd eius institutio esset limitata ad casum suitatis, non solùm quatenus habet intellectum institutionis: sed etiam quatenus habet intellectum substitutionis; sed istud est contrà tex. nostrum hic, qui expressè in utroque præsupponit contrarium: nàm determinat, quòd institutio huius nepotis nondùm nati quatenus censetur & est substitutio, procedat quàmuis nepos non efficiatur suus, & q̃ ista institutio quatenus habet intellectum substitutionis non debet censeri limitata & restricta ad casum suitatis, sed facta etiam in casu, quo nepos non efficiatur suus dummodo deficiat institutio filii: sed dictum glo. & doct. in d.l. si mater §. i. non procederet stante præsupposito nostro, quòd iste nepos quàmuis nondùm natus posset simpliciter & absolutè substitui in secundo gradu etiam quòd non efficiatur suus. Et similiter quòd institutio ipsius nepotis quatenus habet intellectum substitutionis non est, nec censeri debet limitata & restricta ad casum suitatis huius nepotis: quod etiam manifestè præsupposuit tex. noster, quia attento isto præsupposito nullo modo potest militare illud fundamentum, uidelicet, quòd substitutio sit limitata & restricta ad casum suitatis huius nepotis, & quòd iste nepos nondùm natus non posset substitui nisi in casu, quo efficiatur suus, super quo glo. & doct. in d.l. si mater §. f. fundant illam suam opinionem, quòd. d. substitutio non extendatur ad illum casum, in quo filius superuixit & repudiauit patris hæreditatem. Nec possumus dicere, quòd ideò non extendatur ad. d. casum, quia in illo casu non est adimpleta illa conditio. Si filius decesserit uiuo testatore. sed est defecta, quia superuixit; quia respondetur quòd licet. d. conditio accipiatur in illum sensum. Si filius desierit in uita esse suus. in quantum uidetur respicere institutionem factam in primo gradu sub. d. conditione: tamen in quantum dicitur respicere substitutionem uulgarem, quæ includitur sub forma. d. institutionis. illa conditio recipit illum sensum. si deficiat institutio ipsius filii, quia censetur expressa ad denotandum unum casum, in quo filius non possit esse hæres: & propterea non impedit, quin substitutio porrigatur ad quemcunque alium casum, in quo deficiat institutio filii, & sic ad casum repudiationis. (ut dixi suprà in §. & quid si tan-

tum. & fusius in l.i. ff. de uulgar.) Nec dicetur defecta conditio, sed potius adimpleta, quando euenit casus, quod deficiat institutio: ex quo, d. conditio accipitur in illum sensum. Si institutio deficiat, uel si filius non sit hæres. Et tanto magis, quia qui uocatur in casu, quo filius moritur uiuo patre, uidetur etiam uocatus in casu, quo superuixit, sed repudiat hæreditatem l.ii §. sed & si sint sui. infrà ad Tertul. Vnde nulla potest esse ratio differentiæ, quare nepos, qui nunquã fuit factus suus non admittatur ex substitutione in casu, quo filius repudiat hæreditatem patris: quemadmodum admittiur in casu, quo filius est præmortuus patri; Que omnia clarius apparebunt ex his, quæ infrà dicemus.

7 Quod ad secundum, quod de iure ciuili tempore huius legis indistincte posset substitui nepos nondum natus, qui nunquàm efficitur suus, sed est hæres uoluntarius, (quod expresse præsupponit tex. noster) est aduertendum ad plura. Et primo, quia istud dictum expresse confirmat illud præsuppositum, quod firmaui supra in principio legis, & in §. quidam recte. & in qualibet particula huius legis, uidelicet, quod esset testamenti factio cum istis nepotibus nondùm natis, qui non efficiuntur sui, & quod possent esse capaces institutionis & substitutionis. Secundo est aduertendum, quod licet Paul. de Castr. concordando tex. nostrum cum his, quæ notant glo. & doct. in d. l. si mater. §. i. uideatur limitare istud dictum, ut procedat solum in illo nepote, qui licet non sit factus suus: tamen in successione prætoria tenet primum locum, & qui uti præteritus de iure prætorio rumperet testamentum per contratab. ex quo (secundum eum) uidetur, quod subsit necessitas illum instituendi, nè de iure prætorio rumpat testamentum: sed non procedat in alio nepote, uel alio nondum nato, qui de iure prætorio nõ rumperet testamentũ; Tamen ista limitatio nullo modo potest procedere, nec potest esse ratio differentiæ inter illum, qui potest rumpere testamentum de iure prætorio, & illum, qui non potest: nàm cum de iure prætorio procedat indistincte institutio cuiuslibet nondum nati & posthumi alieni, Inst. de bon. poss. in principio, sequitur, quod de iure prætorio iste nepos, quamuis non posset instituti, uel substitui de iure ciuili: non ideo tamen potuisset uti præteritus rumpere testamentum de iure prætorio: quia de iure prætorio ualet eius institutio & competit secundum tab. bon. possess. Vnde non est aliqua ratio, propter quam debuit induci potius capacitas institutionis uel substitutionis de iure ciuili in isto nepote, qui tenet primum locum in successione prætoris, quam in aliis: cùm etiam in aliis sicut in isto procederet substitutio de iure prætorio, & quia in istis cessat ratio rumpendi testamentum per contratab. pro ut in aliis; & per hoc reprobatur etiam aliud præsuppositum eiusdem Paul. de Castro, qui dicebat, quod substitutio potest quidem porrigi ad nepotem, qui nunquàm fuit factus suus, quãdo potest rumpere testamentum per contratab. & ita intelligit tex. nostrum: Sed non porrigitur ad alium nepotem, qui non efficitur suus & non potest de iure prætorio rumpere testamentum per contratab. & ita intelligebat not. per glo. & doct. in d. l. si mater. §. i. Nam ista differentia circa extẽsionem huius substitutionis, non potest procedere ex eo, quia sit differẽtia inter istos nepotes circa potestatem substituendi de iure ciuili: ex quo (ut statim dictum fuit) circà hoc non est aliqua differentia. Non etiam potest procedere ex eo, quia uoluntas testantis cẽseatur esse magis in uno, quam in alio; eo quia uoluntas testantis censetur esse, quod extendatur ad illum, qui non tenet primum locum in successione de iure prætorio: quoniam si in extraneo substituto dicimus uoluntatem testantis esse, quod substitutio uulgaris sub illa conditione. Si filius decesserit uiuo patre testatore. porrigatur ad omnem casum, in quo filius non sit hæres. ut l. fin. C. de institu. & substitu. not. Bart. & communiter doct. infrà in § & quid si tantum. & in l. i. infrà de uulga. eadem etiam uoluntas censeri debet erga istum nepotem, qui in successione prætoria non tenet primum locum. Et ulteriùs ista differentia confundi tur, quia si in casu tex. nostri præsupponare mus filium fuisse emancipatum, & nepotem ex eo natum post emancipationem, uel natum ante emancipationem filii, tamen nepotem fuisse priùs emancipatum, & deindè emãcipatum filium, quo casu nepos in successione prætoria nõ teneret primum locum: quia extabat filius emancipatus, & continetur

quod

quòd filius emancipatus, qui superuixit patri repudiaret hæreditatem ex substitutione: utique ex mente tex. nostri nepos admitteretur; Ita colligitur ex tex. nostro, quia id, quod dicitur de morte filii contingentis in uita patris, procedit etiam in emancipatione eiusdem filii, dummodo in casu emãcipationis deficiat eius institutio, prout quando subsequitur eius repudiatio: ut dicitur suprà in
8 §. & quid si tantùm. Tertiò est aduertendum, quòd licet etiam Aret. hic concordando tex. nostrum cum his, quæ notantur per glo. & doct. in d.l si mater §. i. uideatur limitare istud dictum & præsuppositum tex. nostri in casu, quo filius in uita patris desierit esse suus hæres, & tunc nepos ex eo (quámuis nondùm natus) posset indistinctè substitui: (quámuis nunquám fiat suus hæres) secus autem ubi filius permansit suus & repudiat hæreditatem, quo casu loquuntur glo. & doct. in d.l. si mater §. i. tamen ista sua limitatio nullam habet rationem; Qua enim ratione possumus dicere, quòd in isto nepote nondúm nato, qui non efficitur suus inducatur capacitas, uel testamenti factio ex eo, quia in persona filii defecerit ius sui hæredis? & quòd in eo permaneat incapacitas & cesset testamenti factio ex eo, quia in filio permaneat ius sui hæredis, quia existentia uel defectus capacitatis, uel factionis testamenti causatur in aliquo ob aliquam qualitatẽ, que in eo existat, non ob aliquam qualitatem, que sit in alio? & ideò non debuit in isto nepote nondúm nato causari capacitas, uel incapacitas ex qualitate sui hæredis, que deficiat, uel permaneat in filio. Accedit quia sicut ius ciuile uoluit nepotem istum esse capacẽ in casu, quo filius desiuit esse suus per mortem: ita etiam in casu, quo existit suus & abstinet se à patris hæreditate: ex quo nedum nomen hæredis (quod existit in filio) non debet posse inducere incapacitatem in isto nepote: argumento tex. in d.l. secunda §. sed & si sint sui. infrà ad Tertul. & ideò dico, quòd sicut substitutio porrigitur ad istum nepotem in casu, quo filius decesit in uita patris: (ut dicitur in tex. nostro.) ita etiam debet porrigi in casu, quo filius superuixit & repudiauit hæreditatem. d §. sed & si sint sui. Non enim hæc differentia inter unum casum & alium quoád extensionem. d. substitutionis potest causari ex eo, quia in uno casu nepos sit capax, in alio incapax: quia (ut dictum fuit) in utroque casu est capax; Nec etiam potest causari ex eo, quia in uno casu uoluntas testantis se extẽdat ad ipsum nepotem, in alio uerò non se extendat: quia (ut suprà dictum fuit) in utroque casu se extendit, prout se extendit ad extraneum substitutum.

9 Quoád uerò ad tertium uidelicet, quòd ista quæstio & decisio, de qua in tex. nostro militet & procedat: attentò quòd fuit recepta sententia Iuliani in §. præcedenti: quasi ꝙ non procederet si eius sententia fuisset reiecta, est aliqua difficultas: quoniam sententia Iuliani in §. præcedenti, non uidetur habere aliquid commune cum hac quæstione & decisione; Sententia enim Iuliani est de illo nepote, qui licet nascitur uiuo filio: tamen efficitur suus post mortem filii uiuo auo, & est suus hæres auo in morte, ut in eo procedat decisio legis Velleiæ, que est, quòd non rumpat testamentum; sed quæstio & decisio nostra est de illo nepote, qui non solùm nascitur uiuo filio, sed etiam emancipatur ab auo uiuo filio: qui propterea nunquám efficitur suus hæres, ut scilicet possit ex d. institutione effici hæres uoluntarius: undè cùm sit admodum diuersa à sententia Iuliani, nulla uidetur ratio, propter quám ex d. sententia Iuliani potuerit inferri ad præsentem quæstionem & decisionem l. Papinianus exuli. ff. de minor. Difficultas plurimum uidetur urgere: tamen pro resolutione est aduertendum, quòd sententia Iuliani de eo, quòd in institutione nepotis nondúm nati & qui non nascitur suus, sed efficitur suus post natiuitatem facta sub illa conditione. si filius decesserit uiuo testatore. procedat dispositio legis Velleiæ, quòd testamentum non rumpatur (interpretando, quòd sit cõmistum utrunque caput legis Velleiæ in d. institutione) plura continet. Nám primò continet istud, quòd etiam in institutione huius nepotis nondúm nati comprehendatur institutio ex forma utriusque capitis, exemplificando, ut dictum fuit in §. præcedenti, & hoc est clarum. Continet etiam aliud, quòd in institutione huius nepotis nõdùm nati iuxtá formam legis Velleiæ comprehendatur non solùm institutio primi gradus, sed etiam substitutio; istud patet, quia præsupponitur pro indubitato, quòd in institutione ex secundo capite legis Velleiæ non intelligatur institutio in primo gradu quòad

effectum, ut ex illa succedi possit: sed solùm quo'ad effectum impediendi, nè testamentum rumpatur, ut dicit tex. in §. præcedenti. uersi. denique. ex hoc fit, quo'd quo'ad effectum succedendi d. institutio habeat solummodo intellectum substitutionis, & quo'd ex illa uti ex substitutione succedatur, (ut etiam fuit declaratum in §. præcedenti.) Continet etiam d. sententia Iuliani, quo'd licet illa conditio. si filius me uiuo decesserit. efficiat, ꝙ d. institutio uti facta in primo gradu non possit habere uim & efficaciam, ut ex illa succedatur quando in morte filii omnino purificatur: quo'd tamen d. conditio non efficiat, nec impediat quin d. institutio in quantum censetur substitutio & facta in secundo gradu habeat uim & efficaciam, ut ex illa succedatur quámuis purificetur in morte filii; nàm nisi ista omnia præsupponantur, sententia Iuliani non posset procedere. (ut patet ex his, quæ declarauimus in §. præcedenti.) ex hac igitur sententia Iuliani (in quantum præsupponitur, quo'd etiam in institutione nepotis nondùm nati contineatur substitutio efficax, ut ex illa possit succedi casu, quo hic nepos non nascatur suus, quámuis. d. substitutio purificetur in morte filii.) potuit deduci præsens quæstio de eo, an huiusmodi substitutio, que intelligitur esse in d. institutione procedat & habeat locum etiam in casu, quo hic nepos nunquàm fuit factus suus nec in natiuitate, nec post, que quæstio & decisio non potuisset deduci anté receptam sententiam Iuliani: quoniam anté sententiam prædictam, licet constaret quo'd in institutione iám nati sub illa cõditione. si filius decederet uiuo testatore. contineretur substitutio, ex qua nepos posset succedere. attamen non erat clarum, quo'd in institutione nepotis nondúm nati, qui nascerétur in uita testatoris facta iuxta' formulam legis Velleiæ contineretur substitutio, seu institutio in secundo gradu: ex quo in isto nepote nondúm nato poterat ex primo capite l. Velleiæ intelligi institutio in primo gradu efficax ad effectum, ut ex ea possit succedi, non obstante illa conditione. Si filius me uiuo decesserit. Et quámuis fuisset receptum, quo'd contineretur substitutio in institutione, nepotis nondúm nati, qui nasceretur post mortẽ, quando fit iuxtà prouisionem Galli. l. cúm in testamento. in principio infrà de hæred. instit. d. l. si mater §. i. infrà de uulg. attamen non erat decisum, quo'd continetur substitutio in institutione nepotis nondùm nati facta iuxtà' prouisionem & formulam legis uelleiæ, & poterat dici quo'd subesset ratio differentiæ inter unum casum & alium; quia in formula institutionis ex primo capite legis Velleiæ adsunt uerba, quæ uidentur denotare, ꝙ institutio sit limitata ad casum suitatis ipsius nepotis nondúm nati instituti: (ut in §. nunc de lege & in §. etiam sit parente. ubi etiam fuit declaratum.) & quia in casu suitatis. d. nepotis non sufficeret ad sustinendum testamentũ substitutio, sed requiritur institutio in primo gredu; (ut sæpiús fuit declaratum) idcirco' ui debatur dici posse, quo'd non contineret substitutionem in casu, quo talis nepos non esset factus suus; que ratio non ita uidebatur procedere in formula institutionis secundũ prouisionem Galli; quia in ea non ad sunt uerba, quæ expressé denotent, quo'd. d. institutio sit limitata ad casum suitatis ipsius nepotis; quia non exprimitur conditio. si nepos nascatur suus. sed sufficit si dicatur. si filius uiuo me decesserit, tunc qui mihi ex eo nepos nascetur, hæres esto. (ut supra' ead. l. in principio.) & ideo non ita poterat censeri excluſus sensus substitutionis in secundo gradu. Non enim debuit procedere quæstio, an in casu huius institutionis factæ iuxtà' dispositionem legis Velleiæ, iste nepos de quo in tex. nostro posset succedere tanquàm hæres uoluntarius ex substitutione, que intelligitur comprehensa in d. institutione, antequàm esset receptum, quo'd. d. institutio cõtineret substitutionem; & hoc respectu tex. præsupposuit, quo'd post receptam. d. sententiam Iuliani deduci debuit quæstio & decisio, de qua in tex.

10 Quantum ad quartum & ultimum, quo'd decisio huius tex. procedat ob illam rationẽ: quia iste nepos nunquà'm fuit factus suus propter emancipationem, uidetur etiam ali qua difficultas: quia (ut statim dictum fuit) ista ratio uidebatur potiús pertinere ad probandum oppositum, uidelicet, quo'd non posset ex illa institutione hic nepos succedere: attento' quo'd in casu isto uidetur defecta conditio institutionis: ex quo nunquà'm fuit factus suus. Pro resolutione tamen huius difficultatis, aduertendum est ad illud, quod statim supra' dictum fuit, uidelicet, quo'd interpretatio sumpta est, quo'd in casu, quo nepos efficitur suus exigitur, quo'd prædicta insti-

tutio

tutio intelligatur institutio in primo gradu, quia isto casu ad sustinendum testamentũ est necessaria institutio in primo gradu; sed quatenus non efficiatur suus, tunc intelligitur institutio & substitutio in secundo gradu: ex quo tunc non est necessaria institutio in primo gradu; & quia sub. d. conditione. si filius decesserit uiuo patre testatore. non potest procedere institutio in primo gradu, nisi in quantum sit limitata ad casum suitatis. d. nepotis; ex hoc igitur (quia hic nepos nunquám fuit factus suus propter emancipationem) succedit, quo'd prædicta institutio intelligi debet uti substitutio & tanquám facta in secundo gradu, quę se extendit ad quemlibet casum, in quo deficiat institutio ipsius filii, & in quo filius non sit hæres: quoniam substitutio que intelligitur in dicta institutione, non uidetur facta de illo uti de hærede suo & necessario: sed uti de hærede uoluntario, quia in hærede suo & necessario non sufficit substitutio, sed exigitur institutio in primo gradu; & hoc modo. d. ratio optimè pertinet ad probationem. d. decisionis. Ex quibus omnibus euidenter colligitur, quo'd iste tex. præsupponit illa omnia, quæ præsupposui supra in principio legis.

Et hæc sufficiant quantum attinet ad interpretationem LEGIS; supereſt modó, quòd deueniamus ad expeditionem eorum, quæ dicũtur per Doctores circà quæstiones per eos pertractatas circà uniuersam materiam præsentis LEGIS.

SVMMARIVM CIRCA QVAESTIONES principii Legis Gallus.

1 *Verbum [potest] negatiuè prolatum denotat necessitatem præcisam.*

2 *Verbum [potest] negatiuè prolatum non denotat necessitatem præcisam, quando in oratione ponitur dispositiuè, sed enunciatiuè.*

3 *Ratio quare in cap. quanto. de præsumpt. & in pluribus alijs concord. uerbum [potest] negatiuè prolatum non denotet necessitatem præcisam.*

4 *Quando uerbum [non potest] prolatum negatiuè intelligi debeat prolatum dispositiuè ad inducendum dispositionem, seu impotentiam de nouo.*

5 *Quo casu saluari possit distinctio Bart. inter uerbum [non potest] præsentis temporis, & uerbum [non possit] futuri.*

6 *Verbum [non potest] relatum etiam ad legislatorem denotat necessitatem præcisam.*

7 *Actus qui fiunt contrà prohibitionem inductam per uerbum [non potest] sunt ipso iure nulli: ita ut ex illis nulla obligatio nedùm naturalis inducatur.*

8 *Quando prohibitio legis impediat, uel non impediat naturalem obligationem.*

9 *Ratio quare prohibitio legis, quòd pupillus non possit obligari sine tutoris authoritate, & quòd paciscendo nullus possit efficere, quin liceat sibi rem suam uendere, non impediat naturalem obligationem.*

10 *Ratio quare prohibitio legis, quòd quis non possit alteri stipulari, non impediat naturalem obligationem.*

11 *Quando actus contrà legis prohibitionem dicatur nullus ex defectu formæ, uel ex defectu alterius causæ.*

12 *Regula, quòd uerbum [potest] affirmatiuè prolatum non importet necessitatem præcisam, recipit plures declarationes.*

Ver-

13 Verbum [potest] affirmatiuè prolatum aliquando induc
cit aliquam necessitatem in alia persona, ad quam non
refertur.

14 Declaratio ad tex. in l. sæpe audiui cæsarem. ff. de of-
fic. præsid.

15 Quo casu procedat differentia, quam circà uerbum
[potest] constituunt doct. inter dispositiones ultima-
rum uoluntatum, & alias dispositiones.

16 Ratio quare uerbum [potest] relatum ad uerba enuncia
tiua, quæ referuntur ad grauatum, sit aptum ad indu
cendum dispositionem magis in ultimis uoluntatibus,
quàm in aliis dispositionibus.

17 An conditio de filio posita ad exclusionem hæredis in-
stituti, sufficiat ad impediendum, nè talis filius uti
præteritus rumpat testamentum.

18 Quid contineat opinio affirmatiua, quòd. d. conditio
sufficiat ad impediendum testamentum.

19 Ratio quare præteritio filii annullat testamentum.

20 Intellectus ad tex. in l. cùm in testamento. infrà de hæ-
red. instit.

21 Intellectus doct. ad tex. in l. etiam § libertus. ff. de bon.
libert. reprobatur, & alius nouus & uerus assi-
gnatur.

22 Reprobatur solutio Barth. ad l. si ita scriptum. §. fin.
suprà eod.

23 Defenditur solutio Bart. ad tex. in § in omnibus. infrà
eod. leg.

24 Noua & uera distinctio Authoris circà istum articu-
lum, an conditio, in qua positus est filius ad exclusio-
nem hæredis instituti, sufficiat ad sustinendum testa-
mentum: per quam opiniones doct. contrariæ ad con-
cordiam reducuntur.

25 Testamentum semper est nullum quotiens non est aptũ
ad impediendum, quin hæreditas ab intestato defe-
ratur.

26 Quando procedat præsuppositum Bart. quòd tacita uo
catio filii ab intestato ex uoluntate defuncti sufficiat
ad sustinendum testamentum.

27 Quotiens conditio, in qua positus est filius ad exclusio
nem hæredis scripti, consistit in uoluntate filii susti-
nebitur testamentum, non obstante præteritione filii.

28 Quid operetur prædicta conditio; & intellectus ad. l.
si quis ita hæres instituatur. infrà de cond. instit.

29 Quo casu filius positus in conditione ad exclusionem
hæredis scripti in testamento, censeatur tacitè uoca
tus ab intestato: & quando ista tacita uocatio filii ab
intestato sit efficax ad impediendum, nè testamentum
annulletur propter præteritionem filij.

30 Vbi institutio fiat isto modo. Si filius hæreditatem uin
dicare nolucrit instituo Titium. filius decedens ante-
quàm adeat hæreditatem, ab intestato illam non trans
mitteret iure suitatis.

31 Qua ratione in principio huius legis, ultrà expressio-
nem sexus masculini nepotum, sit expressus sexus fæ-
mineus neptis.

32 In dispositione testatoris non ita absolutè procedit re-
gula, quòd sub masculino cõtineatur sexus fæmineus.

33 Institutio de nepote, qui nascetur post mortem testato
ris non porrigitur ad nepotem posthumum, qui nasce
tur in uita, & de ratione.

34 Qualiter intelligatur dictum Bart. dùm dicit, quòd ad
effectum, ut substitutio extendatur de casu ad casum,
exigitur quòd ille casus sit de natura substitutionis
& respiciat personam eius, cui fit substitutio.

35 Omnes casus, in quibus deficit institutio, dicentur esse
de natura substitutionis.

36 Ratio quare substitutio magis extendatur de casu ad
casum, qui respiciat personam instituti, quàm ad ca-
sum, qui respiciat personam substituti.

37 Quare expressio casus, qui respiciat defectum substitu
tionis & personam substituti, dicatur facta alio mo-
do, quàm tacitè insit, & faciat conditionem uolunta-
riam.

38 Intellectus ad tex. in l. fin. C. de instit. & subst. & de ra
tione, propter quam procedat decisio dictæ legis.

39 An sit possibile, quòd partus protendatur ultrà decem
menses per duos dies.

40 An natus per duos dies ultrà decem menses post mortẽ
mariti, à iure agnoscatur uti filius mariti.

Sequitur discussio & resolutio quæstionum, quæ circà præsentem legem Gallus tractantur per doct. & primò earum quæstionum, quæ traduntur circà prin-cipium ipsius legis.

EXplicatis his, quæ pertinent ad interpretationem huius legis, deueniendum est ad discussionem illarum quæstionum quæ pertractantur per doct. ultrà propriam materiam præsentis legis. Et primò discutiendæ sunt ille quæstiones, quæ pertractantur per doct. circà principium legis nostræ, quarum prima est, An & quando uerbum [potest] importet necessitatem præcisam, que distinguitur in duos articulos. Primus est, quãdo uerbum [potest] profertur cum negatione præcedente. Secundus est, quando profertur affirmatiuè. Circá primum communiter docto. post Bart. cõcludunt, quòd istud uerbum [potest] præcedente negatione, denotat necessitatem præcisam: quia denegat omnem potentiam. pro quo allegant tex. in l. nemo potest. ff. de leg. i. in l. non potest. ff. de furt. & in c. i. de reg. iur. in sexto. cum pluribus aliis concord. Circà quam cõclusionem primo est aduertendum, q̃ absque dubio procedit & loquitur quando uerbum [non potest] ponitur dispositiuè in oratione per se principaliter; Ita Bart. hic, dùm præcisè loquitur, quando uerbum [potest] ponitur in dispositione negatiuè: & dùm in fine dicit, q̃ hoc est uerum quãdo uerbũ [potest] ponitur in oratione dispositiuè per se principaliter; & in his terminis procedunt ea, quæ adducuntur pro ista conclusione. Sed non procedit, nec loquitur quãdo non apponitur dispositiuè in oratione, sed enunciatiuè per modum causæ, seu ad declarãdum id, quod non est: quoniam in casu isto non inducit præcisam necessitatem & impotentiam: ex quo non uidetur prolatum ad inducendum prohibitionem, sed ad declarandum illam impotentiam, que est, uel uerisimiliter esse poterat; & in his terminis procedit illud, quod dicitur in cap. quãto. de præsump. uidelicet. [Latere te non potuit, quod ad nos de lõginquo peruenit] & in c. si Paulus. xxxii. q. v. uidelicet [Non potest Deus Virginem suscitare, & Laureola Virginitatis uitiatam Virginem donare.] & in c. literis. de restit. spoliat. Vbi Papa asserit se non posse dispensare nuptias, quæ celebrantur cum cõiunctis in quarto gradu consanguinitatis: Nam in dictis casibus uerbum [potest] negatiuè prolatum non fuit appositum dispositiuè in oratione ad inducendum prohibitionem de nouo, uel ad tollendum potentiam, que adesset: sed enunciatiuè ad referendum, q̃ aderat in potentia, uel quòd uerisimiliter adesse deberet: & ideò non importat aliam impotentiam præter illam, que adest, uel uerisimiliter adesse debet. Tota igitur difficultas præsentis quæstionis consistit in declarando, quãdo istud uerbum [non potest] intelligatur prolatum dispositiuè ad inducendum dispositionem, seu impotentiam de nouo, & quando solùm ad referẽdum impotentiam, que iám fuerat inducta.

Circà quod concludo, q̃ ubi per alias leges nulla impotentia fuit inducta, tunc uerbum [non potest] intelligi debet positum dispositiuè ad inducendum dispositionem & impotẽtiam de nouo, nulla habita distinctione, an sit uerbum. [nõ potest] præsentis temporis, an uerbum [non possit] futuri temporis; Et in his terminis procedit tex. in d. l. nemo põt. & in d. l. non potest. & in d. c. i. Sed ubi prohibitio, seu impotentia aliqua fuit per alias. ll. inducta licet non omnimoda, nec præcisa, tunc distinguendum est inter uerbum [non potest] præsentis temporis, & uerbum. [non possit] futuri tẽporis, pro ut distinguit Bart. in l. cùm lex. ff. de fideiuss. ut primo casu non intelligatur prolatum ad inducendum prohibitionẽ de nouo, nec ad remouendum aliquam potẽtiã, que per alias leges foret reseruata, ex quo non præsumitur legum correctio. l. præcipimus. C. de appellat. uerùm intelligatur prolatum ad declarandum, q̃ non adest potentia, uel quòd potentia sit sublata: & ita loquitur tex. in d. c. si Paulus. & in d. c. literis & d. c. quãto. Sed in secundo casu, ex quo uerbum futuri temporis non potest adaptari ad declarationem eius, quod iám inductũ fuit: propterea necessariò intelligitur prolatum dispositiuè ad inducendum prohibitionem, seu impotẽtiã de nouo: quia aliàs ista noua dispositio esset eluso ria: Et in casu isto quando impotentia, seu prohibitio fuit per alias. ll. inducta saluari optimè potest distinctio, quam facit Bar. in d. l. cùm lex. inter uerbum [non potest] præsentis temporis, & uerbum [nõ possit] futuri.

Secundò est aduertendum, quòd licet aliqui limitent prædictam conclusionem, ut nõ procedat in Legislatore: quoniam uerbum [non potest] relatum ad Legislatorem, non poterit importare necessitatem præcisam, nec in ipso omnem potentiam denegare, cùm nõ possit Legislator sibi necessitatẽ imponere, a qua

non

nō liceat recedere.c. inotuit de electio. l. digna uox. C. de legib. l. princeps. ff. eo. tit. attamen ueritas est, ꝙ prædicta conclusio procedit ēt in Legislatore, ut etiam firmat Abb. in c. i. de causa poss. & propriet. dum per illū tex. (qui dicit, ꝙ Papa non potest contrā partem inau ditam aliquid diffinire) concludit, ꝙ nedum de plenitudine potestatis Princeps potest cau sam diffinire nō citata parte, & sequuntur plu res relati per Iaſ. hic. Idem etiam uoluit Abb. in c. i. de fide instrumen. dum ex eo, quod dici tur in tex. illo (uidelicet, ꝙ Papa non potest da re fidem exemplis) concludit, ꝙ Princeps nō potest dare fidem scripture non authentice.

Et ad obiectum, ꝙ Legislator non potest sibi necessitatem imponere, á qua non liceat rece dere, est clara solutio, ꝙ in Legislatore uerbū [non potest] non inducit necessitatem in ca su, quo sit derogatum illi legi, per quam fuit inducta necessitas: quoniam Princeps sem per potest per derogationem. d. l. ab ipsa ne cessitate recedere; & ita loquitur d. l. digna uox. cum aliis concord. Sed ubi non sit dero gatum legi inducenti necessitatem, uerbum [non potest] etiam in Legislatore inducit ne cessitatem præcisam: & ideó si Princeps non uteretur clausula [Nō obstante &c.] actus per eum facti contrá dictam prohibitionē essent ipso iure nulli; & ita procedunt decisiones. ś. 7 relatæ. Tertiò est aduertēdū, ꝙ effectus præ dictæ conclusionis est, ꝙ actus, qui fiet contrá prohibitionem, uel necessitatem præcisam inductam per istud uerbum [non potest] erit ipso iure nullus, ita ut ex eo nulla obligatio nedùm naturalis inducatur. Ita Bar. & cōmu niter doct. in d. l. cum lex. infrà de fideiuss. & in l. pacta quæ contrá. C. de pactis. per tex. in d. l. cum lex. & in d. l. pacta quæ contrà. quàmuis enim lex non possit tollere obligationem na turalem iàm quæsitam. l. eas obligationes. ś. de capit. diminut. Bart. in. l. Iulianus uerū de bitorem. col. 9. ad fin. ś. de cond. indeb. potest tamen prohibendo aliquem actum né fiat, impedire né ex ipso actu naturalis obligatio oriatur: Ita dicunt doct. maximé Soci. in d. l. pacta quæ contrá. & est de mente Bart. in d. l. cum lex. Nec obstat, ꝙ illa prohibitio legis, uidelicet, ꝙ pupillus non potest sine tutoris authoritate obligari, de qua in l. i. in princ. ś. de auth. tut. non sit efficax ad faciēdum, quòd contractus celebratus per pupillum sine tuto ris authoritate, sit omninò nullus etiam quod ad naturalem obligationem. l. i. in fi. infrà de nouat. l. si pupillus. infrà ad l. falcid. et simili ter illa prohibitio, ꝙ nemo paciscendo possit efficere quominus sibi liceat rem suam uēde re, de qua habetur in. l. nemo paciscendo, que est. l. pen. ś. de pactis, non impedit, quin ex. d. cōtractu oriatur obligatio naturalis ad inter esse in casu alienationis: ut notant doct. in l. fi liusfamilias. §. diui. infrá de leg. i. & in l. si ita 8 quis. §. ea lege. infrá de uerb. obligat. quia pro solutione est aduertendum, ꝙ tūc prohibitio legis impedit natiuitatem obligationis natu ralis, quando dirigitur præcisé ad prohiben dum né contractus fiat; & ita loquuntur nota ta per doct. in d. l. pacta quæ cōtrá. & per Bar. in d. l. cùm lex. Sed quotiescunq; prohibitio legis non dirigitur præcisé ad prohibendum contractum, sed solùm ad prohibendum effe ctus causandos ab ipso contractu, tunc nō im pedit naturalem obligationē: (ut aliás latiùs declaraui in l. si is qui pro emptore. circá fi ctionem priuatiuam. infrá de uerb. oblig.) & 9 in his terminis loquuntur contraria: ná illa prohibitio, quòd pupillus non possit obliga ri sine tutoris authoritate, non prohibet con tractum: quoniam pupillus non prohibetur paciſci uel contrahere; uerùm solùm prohi bet effectum obligationis, que ex ipso cōtrá ctu posset causari: & similiter illa prohibitio, quòd nullus paciscēdo possit efficere quomi nus possit rem suam uēdere, non refertur ad prohibendum, ꝙ quis non possit istud paci sci: sed solummodo ad prohibendum, né ex d. pacto possit auferri facultas alienandi: & ideó licet. d. prohibitio faciat, ꝙ pactū sit nul lum & inefficax quò ad effectum impediēdi alienationem, seu translationem dominii; nō tamen efficit, ꝙ illud pactum sit nullum quó ad alios effectus, & sic quó ad causandam obli 10 gationē ad interesse in casu alienationis. Nec contrà prædicta obstat tex. in l. stipul. ista. §. al teri. infr. de uerb. oblig. de quo opponit Iaſo. hic & non soluit: quia ultrà solutionem, de qua per Bart. in d. l. cùm lex, uidelicet, ꝙ per il lam prohibitionem, ꝙ quis non potest alteri stipulari, non impeditur ortus naturalis obli gationis ex stipulatione, qua quis alteri stipu latur: quia est facta per uerbum [non potest] præsentis temporis; que solutio quidquid di cat Iaſ. hic potest sustineri præsupponendo, ꝙ anté illam prohibitionem, de qua in d. §. alte ri. esset inducta per alias. ll. impotentia stipulā

di

di alteri: ex quo lex non assistit huiusmodi stipulationi.) potest etiam responderi, quod obligatio naturalis dū quis alteri stipulatur non oritur ex illa stipulatione facta alteri, ad cuius annullationem refertur illud uerbum. [Non potest.] Sed oritur ueluti ex pacto, q̄ ineſt in qualibet ſtipulatione.l.i.§. adeo.ff. de pact. & lex nō prohibet, ſed permittit pactū,
11 per quod paciſcimur alteri. Quarto est ad uertendum, q̄ ubi lex diſponit, q̄ actus nullo modo fiat, uel q̄ per alterum nullo modo fieri poſsit, actus non dicitur nullus ex defectu formæ: ſed magis ex defectu cauſæ efficientis ſeu ex defectu alterius cauſæ.l.i.in principio.l. inter ſtipulantem§.ſacrā. infrà de uerb. oblig. Sed ubi lex diſponit, quod actus non poſsit fieri niſi certo modo, tunc is modus dicetur de forma, & actus qui aliter fieret diceretur nullus ex defectu formæ, & in caſu iſto procedit illud dictum Bartho.in.l.de his.ſuprà de tranſact.& Bald.in.l.i.col.pen.C.qui admit.& in.l.i.col. fin.C. de fideicom. uidelicet, quòd uerbum [poteſt] negatiuè prolatum inducit formam. Circà ſecundum de uerbo [poſſe] quando profertur affirmatiuè Bart. & omnes doct.hic concludunt, quod non importat neceſsitatem præciſam: allegant.l. ſæpe audiui Cæſarem. ſuprà de officio præſ. &.l.ſi mandato meo§.f.ſuprà mand. & tex.in principio.l.noſtræ. Iſta cōcluſio recipit plu-
12 res declarationes. Prima eſt, quod licet uerbum [poteſt] non importet neceſsitatem, non tamen tollit neceſsitatem, quæ iàm per alias leges fuiſſet inducta: (ut dictum fuit ſuprà in principio legis circà interpretationem illius uerbi [Poteſt] de quo in tex.) & ſimiliter non impedit, quin per alia uerba eiuſdem diſpoſitiōis poſsit induci neceſsitas. Exemplū ſi dictum ſit, quod tu poſsis & debes aliquid facere. uerbum [poteſt] non erit impedimento quominus inducatur neceſsitas per illud uerbū [debet] quod ex propria ſignificatione importat neceſsitatem.l.prætor.in principio.ff.de edēd.& de hoc eſt caſus, quem ēt hic allegat Iaſo.in.c.i. in uerſi. poſſumus & debemus. ut eccle.beneſi. Illud enim uerbum [debet] denotat diſpoſitionem fieri non ſolùm ad commodum eius, ad quē refertur uerbū [poteſt] uerū ēt ad eius obliga. & incommodum. Secunda declaratio eſt, q̄ licet iſtud uerbum. [Poteſt] nullo mō inducat neceſsitatem in illo, ad quē refertur: quia nō eſt uerbū præceptiuū, nec aptum ad denotandū mentē diſponentis eſſe, quòd omninò fiat illud, de quo dicitur; & cùm pertineat ad inducendū ius & actionem ſeu facultatem in illo, ad quē refertur; nō pōt tamē eſſe aptū ad inducendū in eadem perſona neceſsitatem & obligationem.l.legati inutiliter. infrà de adim.legat.l. quod fauore. C. de legib. Ita q̄ ſi conueniat, q̄ ego poſsim ire per fundum tuū ad fundum meū, uel quòd poſsim ponere Tignum in Parietem tuū: per hanc conuentionem acquiritur quidem mihi ius & actio ad eundum & ad imponendum: ſed nō propterea obligor nec ad eundum, nec ad imponendū; & hoc ēt præſupponit tex.in d.l.ſæpe audiui Cæſarem. Præſupponit enim pro indubitato, quòd nulla neceſsitas adeundi præſidem inducatur in parte ad quam referuntur illa uerba. [Præſidem prouinciæ adire poteſt.] Tamen iſtud uerbum [poteſt] in alia perſona, ad quam nō refertur inducit illam neceſsitatem, quæ uenit in conſequentiam ad poteſtatem attributam illi perſonæ, ad quam refertur uerbum [poteſt.] Nàm gratia exempli, negari non poteſt, quòd ſi ſit conuentum, quòd poſsim ire per fundum tuum ad fundum meum, in perſona tua ad quam non refertur uerbum [poteſt] inducatur neceſsitas & obligatio patiendi, quòd ego iter faciam per fundum tuum: quia iſta uenit in conſequentiam ad poteſtatē eundi mihi attributam per uerbum [poteſt] nàm non aliàs ego dicerer habere poteſtatem eundi, niſi tu eſſes obligatus ad patiendum.
14 Hoc idem præſupponit tex.in.d.l. ſæpe audiui Cæſarem. nàm ex quo in conſequentiam poteſtatis attributæ parti, ut poſsit adire præſidem nō uenit neceſsitas & obligatio, ut præſes per ſe teneatur cognoſcere: propterea non inducitur talis neceſsitas: uerùm quia uenit in conſequentiā, q̄ præſes teneatur uel per ſe cognoſcere, uel aliū iudicē dare: idcircò in ipſo præſide inducitur iſta neceſsitas, ut teneatur unum uel alterum facere. Et iſtam declarationem puto fore de mente Barth. & aliorū hic. Nō.n. potuerunt negare, quin in cōſequentiā poteſtatis attributæ uni per uerbū [pōt] inducatur neceſsitas & obligatio, in alio ſine qua illa poteſtas ſeu facultas eſſe nō pōt. Tertia declaratio eſt, q̄ prædicta concluſio quāuis in diſtinctē procedat in legibus, cōtractibus, & reſcriptis: Attamen in ultimis uolūtatibus nō ita indiſtinctē procedit: ſed diſtinguendū eſt
15 ut per glo. & doct. in l. peto.in principio inf. de leg. ii. ut etiam dicit Barth.hic. Aduer-

tendum est tamen circa istam declarationem, quod ista differentia quam constituunt doct. circa uerbũ [potest] inter dispositiones ultimarum uoluntatum & alias dispositiones nõ potest pertinere ad casum, quando uerbum [potest] profertur cum aliis uerbis significantibus dispositionem, quia tunc idem erit in ultimis uolũtatibus, quod in aliis dispositionibus. Nam quo ad illam personam ad quam refertur uerbum [potest] & commodum dispositionis importabitur potestas, & quo ad eum, ad quem refertur onus. d. dispositionis importaretur illa obligatio & necessitas, quæ uenit in consequentiam ad potestatem alteri attributam per ipsam dispositionem: & ideo si dictum sit. *Volo q Titius possit habere centum ab hærede meo. erit fideicõmiss. & in Titio importabitur potestas; in hærede uero obligatio: & ideo erit idem in ultimis uoluntatibus, quod in aliis dispositionibus: uerũ dicta differentia inter ultimas uoluntates & alias dispositiones solùm potest militare in casu, quando uerbum [potest] profertur non cũ uerbis dispositiuis, sed cum uerbis enunciatiuis: quoniam in casu isto in aliis dispositionibus illud uerbum [potest] prolatum cum uerbis enunciatiuis nunquàm esset aptum ad inducendum obliga. uel necessitatem in eo, ad quem uerba illa enunciatiua referuntur: cũ tamen istud uerbum [potest] relatum ad uerba enunciatiua in ultimis uoluntatibus sit aptũ ad inducendum fidicõmiss. & necessitatem in casu quo uerba enunciatiua referuntur ad gratum & ad illum, quem per ipsa uerba enunciatiua testator intendit grauare. ut est casus in. l. fideicõmissa §. hæc uerba inf. de leg. iii. l. iii. §. si quis sic acceperit. infrà de stat. lib. & notat*

16 Bart. in. l. i. inf. tit. i. & d §. hæc uerba. Et rõ differẽtiæ inter ultimas uoluntates & alias dispositiones est ista: quia illa uerba enunciatiua denotant illam esse mentem testantis, q inducatur potestas in eo actu, qui in uerbis denotatur per illũ, ad cuius grauamen uerba enunciatiua fuerunt prolata: idcirco denotãt, q in illo inducatur necessitas & obligatio faciendi ipsum actum: quoniã grauatus non põt facere quod existat potestas de aliquo actu nisi is actus per ipsum inducatur. Exemplum est in casu, de quo in. d §. hæc uerba. ubi testator protulit ista uerba. [ut possint ad filios peruenire.] Et quia ista uerba denotant uoluntatẽ testantis esse, q hæres curet, ut possint peruenire ad filios, denotant ẽt in consequentiam uoluntatẽ testantis esse, quod hæres teneatur illis filiis relinquere: quia si non relinqueret, hæres non diceretur curare, q possent ad filios peruenire: sed potiùs diceretur facere, q non possent peruenire. Exemplũ ẽt est in casu. d §. si quis hic acceperit. in quo sunt illa uerba. [Cum decẽ dare poteris hæredi.] relata ad grauamen illius legatarii, cui fuit relicta libertas: quia dicta uerba denotant uoluntatem testantis esse, q ipse legatarius curet, quod sit potestas in ipso legatario explicãdi illũ actũ dationis decem, & iõ includunt in consequentiã uoluntatem, q legatarius actualiter det illa decẽ hæredi: ex quo ubi legatarius non dat quando põt dare nõ diceretur curare, q in eo sit potestas dandi decẽ; sed potiùs impedire, q illa potestas dandi nõ deducatur ad actũ. & quia in ultimis uoluntatibus ex sola uoluntate præter & ultrà uerborũ significationẽ põt induci dispositio & obligatio fideicõmiss. l. cũ proponeretur inf. de leg. ii. l. hæredes mei §. cũ ita. inf. ad Trebelia. cum aliis cõcord. Idcirco dicta uerba sunt apta ad inducendũ necessitatem & oblig. Ista rõ cessat in aliis dispositionibus: quoniã licet dicta uerba enũciatiua denotent, q disponentes habeant dictã uoluntatẽ: quia tamen in aliis dispositionibus, quàm ultimæ uoluntatis sola uoluntas præter & ultrà uerborũ significationẽ nõ est efficax ad inducẽdũ dispositionẽ & oblig. l. quidquid astringẽdæ inf. de uerb. oblig. & declaratũ fuit in. l. ita stipulatus eod. tit. de uerb. oblig. & in. d §. cum ita. iõ in dictis aliis dispositionibus uerbum [põt] prolatũ cũ uerbis enunciatiuis nunquã poterit importare necessitatẽ & oblig. etiam q dicta uerba sint relata ad illũ, quẽ disponentes per illa uerba intendebant grauare. Fateor tamẽ, q ubi uerba enunciatiua cũ quibus profertur uerbum [põt] essent relata ad illũ, quẽ testator intendit per illa uerba honorare: non añt ad eũ, quẽ per illa uerba intendit grauare, q tunc illud uerbũ [põt] nec ẽt in ultimis uoluntatibus esset aptũ ad inducendũ dispositionẽ fideicõmiss. uel necessitatẽ, seu oblig. l. generali. in principio infrà de usufruct. leg. De illo añt an & quando uerbum [põt] relatũ ad Iudicẽ importet necessitatẽ: quia ordinariè tractatur per doct. in. l. i. supra de iurisd. omnium Iud. propterea hic non prosequor.

17 Secũdò circà illa uerba. [Si filius meus me uiuo morietur] quærũt doct. an ista cõditio de filio uel de aliis, qui eẽnt successuri ab intestõ posita ad exclusionẽ hæredis instituti, sit sufficiés

ad

ad faciendum, q̃ isti tales ueluti præteriti non rumpant testamentũ quãuis aliter non sint instituti, nec exhæredati; in qua quæstione sunt opiniones. Nam opinionem affirmatiuam, quo'd talis conditio sufficiat ad sustinendum testamentum tenuerunt Bart. Paul. de Cast. & plures alii, quos hic referunt Alex. & Iaso. & est aduertendũ q̃ hæc opinio non includit, q̃ ista conditio efficiat, q̃ filius uideatur tacitè institutus in testamento: Sed solùm efficiat, q̃ uideatur tacitè uocatus ab intestato, ut est de mente Bart. & aliorũ hic. Et ratio est, quia institutio ex testamento non põt tacitè fieri, sed exigitur, q̃ sit per uerba significata. l. hæredes palã ſ de testamen. l. iubemus. C. de testamen. Alex. & Iaſ. post alios, quos referunt in l. iii. C. de lib. præt. & declaratum fuit in l. hæredes mei ſ. cum ita. infrà ad Trebel. & in l. centurio. infrà de uulg. & istud, q̃ dicta conditiõ efficiat, q̃ filius tacitè uideatur uocatus ex testamento, Sed solùm ab intestato præsupponit tex. in. l. si quis ita hæres instituatur. inf. de hæred. insti. quem Bart. hic allegat. dum in eo dicitur [Deficere conditionem testamenti illo legitimo uendicante hæreditatem] Hæc. n. uerba denotant, quo'd ille legitimus succedit ab intestato: non aũt ex testamento. Benè includit prædicta opinio, quo'd ista tacita uocatio istius filii ab intestato sufficiat ad impediẽdum, ne filius uti præteritus rumpat testamẽtum. Sed aliam opinionẽ negatiuam uidelicet, quo'd dicta cõditio & ista tacita uocatio filii ab intestato non sufficiat ad impediendũ, quo'd testamentum nõ rumpatur præteritione ipsius filii post glo. hic tenuerunt magis cõmuniter doct. ut attestantur Alexã. & Iaso. & alii moder. hic. Pro prima opinione affirmatiua adducitur primo' tex. in. d. l. si quis ita hæres instituatur, quem allegat Bartho. hic. ubi præsupponitur ualere testamentũ, in quo institutio hæredis sit facta sub conditione. Si legitimus hæreditatem uendicare noluerit. quãuis non appareat, q̃ talis legitimus fuerit institutus uel exhæredatus. qui tex. ẽt præsupponit, q̃ testamentum sit ualidum quãuis per illud non impediatur, quin hæreditas deferatur ab intestato: quia in casu illius tex. hæreditas priùs ab intestato defertur illi legitimo antequã deferatur hæredi scripto in testamento: & non põt negari, quin tex. ille procedat ẽt in suo hærede posito in cõditione quia loquitur generaliter de hærede legitimo, & ẽt suus hæres dicitur legitimus, toto titulo. C. de suis & legi. l. iii. ſ. de illo ſ pro socio. Et quia tex. ille procederet quãuis esset ista conditio. Si filius hæreditatẽ uendicare noluerit. ut inferiùs declarabitur. Secundo' adducitur, q̃ in casu proposito cessat rõ, propter quã testamentũ debe
19 at irritari Igitur &c. Declaro. Præteritio filii annullat testamentum ob id, quia stante. d. præteritione testamentũ non põt esse sufficiẽs ad impediendũ, quin hæreditas patris priùs deferatur seu continuetur in filium ex cã intestati. ut declarat Bart. in. l. in suis ſ eod. quæ rõ cessat in casu nostro: ex quo solũ militat quando filius præteritus esset habiturus cãm intestati præter uel contrà mentem testatoris: nõ aũt quando illã esset habiturus ex mẽte & uolũtate ipsius. pro ut in casu quæstionis nostræ, quando est positus in conditione ad exclusionem hæredis scripti in testamento. ut uidetur præsupponere tex. in. d. l. si quis ita hæres instituatur. Annullatur ẽt testamentũ propter filii præteritionem propter iniuriã, quæ filio irrogatur in eius præteritione. quæ rõ cessat in casu nostro: quia in ista præteritione non põt cẽseri facta iniuria ipsi filio: ex quo fuit tacitè uocatus ab intestato & positus in conditione ad exclusionẽ scripti hæredis. Annullatur etiã testamentũ propter præteritionẽ filii ob id, quia nõ uidetur seruata forma in instituendo uel exhæredãdo filio, prout à iure requiritur. l. inter cætera. infrà eod. cũ similibus. quia dicta forma non est necessaria ad ualiditatẽ testamenti quãdo ipse filius esset habiturus successionẽ ex cã intestati ex uoluntate patris testatoris, pro ut cõtingit in casu nostro: sed solùm est necessaria institutio uel exhæredatio filii ad ualiditatẽ testamenti, quãdo filius esset habiturus successionẽ intestati præter uel cõtrà uoluntatẽ patris testatoris. Et aduertendũ est, q̃ Bart. in isto suo fundamẽto præsupponit, q̃ testamẽtũ possit esse ualidum quãuis ex testantis uoluntate priùs debeat hẽre locũ cã intestati, quã causa testati: & iõ uult q̃ ista tacita uocatio filii ab intestato operetur, q̃ præteritione ipsius filii testamentũ nõ irritetur. quod præsuppositũ licet prima facie uideatur probari per tex. in. d. l. si quis ita hæres instituatur. non ita indistinctè & absolutè procedit, sed solùm cũ distinctione, de qua inferiùs dicetur
20 in resolutione præsentis quæstionis. Tertiò adducitur tex. in. l. cũ in testamento. infrà de hæred. instit. sed ille tex. nihil facit: quoniã in eo tex. præsupponitur, filiũ fuisse institutũ in alia parte testamenti: dum dicitur, q̃ filius est

uocatus in primo gradu & nepos in secun-
do, ita q̃ filius sit uocatus ex testamento: & ta-
men istud nõ potest esse nisi præsupponamus
illum filium fuisse expresse institutum: quia si
solùm esset positus in conditione non censere
tur uocatus ex testamẽto, sed ab intestato. d. l.
si quis ita hæres instituatur. & s̃ dictum fuit.

21 Adducitur quartò tex. in. l. etiam §. libertus. in
fra' de bon. lib. circa' quem tex. est aduerten-
dũ, quòd faceret pro ista opinione affirmati
ua, præsupponẽdo quòd dubitatio illius tex.
consistat in eo, an libertus censeatur malè te-
status ob dictam rationem, quia filium non
instituit, sed solùm posuit in conditione in-
stituendo patronum sub illa conditione. si
filius uiuo se decederet. (ut præsupponũt oẽs
doct.) Sed quia iste intellectus ad illum tex.
nullo modo potest procedere. (ut declaratũ
fuit supra' in euidentialibus huius legis: ubi
declaratum fuit, quòd dubitatio illius tex. cõ
sistit in eo, an institutio patroni censeatur in-
ualida propter id, quia cõcepta sub conditio-
ne mortis filii ipsius (liberti testatoris) iuxta'
istum intellectum qui est uerus, ille tex. ni-
hil facit ad propositum præsentis quæstionis.
Vltimò adducitur tex. in l. si ita stipulatio. in-
fra' de oper. lib. ad quem tex. est clara solutio
ex his, quæ dicta fuerunt in. l. centurio. infra'
de uulg. circa' illam quæstionem, an filii positi
in conditione censeantur dispositiuè uocati.

22 Pro contraria opinione negatiua, uidelicet,
quòd dicta conditio & tacita uocatio filii ab
intestato non efficiat, quin præteritione hu-
ius filii testamentum irritetur, adducitur pri-
mò tex. in l. si ita scriptum §. f. supra' eodem.
Solutio Bartholi ad illum tex. non uidetur
bona: nam cum in tex. illo dubitetur, an in
casu suo propter illam exhæredationem filii
testamentum sustineatur, impossibile est di-
cere, quòd ipsa exhæredatio sit causa cur fi-
lius non uideatur tacitè uocatus ab intesta-
to, & per consequens causa, quare eius filii
præteritione testamentum annulletur: quia si
hoc esset tex. ille esset reprehendendus dum
ponderat illam exhæredationem ad conuali
dationem testamenti, que in casu illius tex.
pertineret ad annullationem testamenti.
Secundò adducitur tex. infra' ead. l. §. in omni-
bus. ad quem tex. respõdet Bartholus; quòd
licet ille tex. exigat, quòd in omnibus his spe-
ciebus institutionis nepotis nondum nati, de
quibus per Gallum & Scæuolam filius ex ali
qua parte sit institutus: non propterea uoluit
negare, quin sufficiat si positus sit in conditio
ne ad exclusionem scripti hæredis. Et quãuis
doct. reprobent istam solutionem: ex quo ea
attenta sequeretur, q̃ uana & superflua fuisset
suppletio seu declaratio Scæuolæ in d. §. in
omnibus. ex quo in omnibus speciebus filius
est positus in conditione ad exclusionem ne-
potis posthumi, & consequenter adest sem-

23 per illa tacita uocatio filii ab intestato: Ta-
men solutio Bartho. potest defendi ab ista
impugnatione: ex quo in illis speciebus, de
quibus in §. instituens. infra' ead. leg. non expri
mitur conditio ista. si filius me uiuo moria-
tur etc. & propterea non possumus dicere,
quòd in illis adsit ista tacita uocatio filii ab in
testato. Præterea sunt etiam plures casus,
in quibus filius non potest dici tacitè uoca-
tus ab intestato quàmuis sit positus in condi-
tione ad exclusionẽ scripti hæredis. Primus
est, quando testator instituisset Titium hære-
dem purè ex semisse & deindè instituisset ne-
potem nondùm natum ex alio semisse sub
conditione. si filius uiuo se morietur. nam in
casu isto, quia filius est positus in conditione
solùm ad exclusionem nepotis, nõ autem ad
exclusionem Titii, non potest uigore. d. con
ditionis censeri tacitè uocatus ab intestato in
illo semisse nepotis, cùm non possit esse pro
parte testatus & pro parte nõ. l. ius nostrum.
infra' de reg. iur. Alius casus est quando filius
fuisset exhæredatus. ut hic dicebat Bart. re-
spondendo ad. l. si ita scriptũ §. f. supra' eod.
Tertiò adducitur tex. in §. idem credendum.
infra' ead. leg. ubi præteritione nepotis testa-
mentũ rumpitur quãuis sit positus in condi-
tione ad exclusionẽ pronepotis hæredis scri-
pti: qui tex. (secundum Alexa. & alios) pluri-
mum urget pro ista opinione; sed ad istum
tex. est clara solutio ex his, quæ dicta fuerunt
circa' interpretationem. d. §. idem credendũ.
Adducitur quartò tex. in l. si eum §. f. infra' de
uulg. in quo dicitur, quòd secundum testamẽ
tũ irritatur propter præteritionem filli non
obstante, quòd ipse filius sit positus in condi-
tione ad exclusionem hæredis scripti in ipso
testamento. Solutio assignata per Barth. in d.
§. fin. uidelicet, quòd illa uerba [Si uiuo se fi-
lius decedat] non sint uerba testatoris sed le-
gis, non est bona: tum per id, quod dicunt
doct. uidelicet, quòd attento isto intellectu
decisio illius tex. esset de indubitabili, & de
eo quod iam decisum erat in. l. si filius qui in
potestate. supra' eodem. & insti. de exhær. lib.

in

in principio. Tum etiam quia illa uerba, de quibus in d. §. fin. uidelicet, [sed si secundum testamentum ita fecerit, ut sibi hæredem instituat si uiuo se filius decedat etc.] propter illã dictionẽ. [Ita] expresse denotant, quod testator fecerit testamentũ sub illa forma, & per consequens q instítutio sit facta sub. d. condi-
24 tione. Ego pro resolutione præsentis quæstionis & concordia dictarum opinionum constituo duas conclusiones, quæ iuditio meo sunt ueræ & indubitatæ. Prima est, q ubi conditio, in qua positus est filius ad exclusionem hæredum qui sunt scripti, non consistit in uoluntate filii, & sit talis, quæ non tollat suitatem filii, isto casu uigore. d. cõditionis & tacite uocationis ab intestato non poterit impediri, quin testamentũ præteritione filii irritetur, & procedit opinio negatiua. Exemplificatur ista cõclusio in ista conditione. Si filius me uiuo morietur. & in terminis huius cõclusionis procedunt Argumẽta, quæ fiunt pro opinione negatiua, quæ est communis, uidelicet, q testamentum non sustineatur: Nam tex in d. l. si ita scriptum §. f. ff eod. & infra' ead. lege §. idem credẽdum. & §. in omnibus, & in. l. si eum §. fin. infra' de uulg. præcisè loquuntur quando adest ista cõditio. Si filius uiuo me decesserit. Ratio huius conclusionis est, quia esto quòd filius censeatur tacitè uocatus ab intestato: quia tamen filius uelit nolit est suus ab intestato, ita quod ipsum testamẽtum nõ potest impedire, quin statim in morte testantis deferatur & continuetur hæreditas in filium ex causa intestati: idcirco sequitur quod testamentum sit nullum.

25 Sciendum enim est, quod testamentum semper est nullum quotiens nõ est aptum ad impediendum, quin hæreditas ab intestato deferatur. l. denique & l. pen. infra' titulo. i. Nam uidetur incompatibile, quòd deferatur hæreditas ex causa intestati, & quod testamentum ualeat. ut præsupponunt illa iura in quibus dicitur, quod non potest habere locum causa intestati quamdiu est spes, quod possit habere locum causa testati. l. antequam. C. cõmun. de succes. l. quãdiu. la secunda. infra' de acqui. hæredi. l. i. infra' si tabul. testamenti nul. extab. Et in casu huius conclusionis militat illamet ratio, propter quam præteritione filii testamentum rumpitur, uidelicet, quia stante præteritione filii testamentum non potest impedire, quin filius sit suus ab intestato & in eum continuetur & deferatur ab intestato hæreditas. ut declarat Bart. in d. l. in suis. & ista ratio militat in casu huius conclusionis, in qua filius est uocatus tacite uti suus & necessarius hæres ab intestato. Nec contra' istam conclusionem obstat tex. in. d. l. si quis ita hæres instituatur. infra' de hæred. instit. quia non loquitur in terminis huius conclusionis, sed in terminis sequentis conclusionis. (ut statim declarabitur.) Non etiam obstat, quòd ista tacita uocatio filii ab intestato sit ex defuncti uoluntate, non autem præter uel contra' eius uoluntatem: & quòd ideò debeat operari, quod præteritione filii testamentum non rumpa-
26 tur, ut præsupponebat Barto. quia istud præsuppositum Bart. non procedit quãdo pater uocat filium tacite ab intestato uti suum & necessarium hæredem, prout est in terminis huius primæ conclusionis: sed solùm procedit quando testator uocat ipsum filium tacite ab intestato ueluti uoluntarium hæredem, in quibus terminis loquitur tex. in d. l. si quis ita hæres instituatur. Secunda est cõclusio, q ubi conditio in qua positus est filius ad exclusionem scripti hæredis consistit in uoluntate filii (pro ut est ista. si filius noluerit esse hæres, uel hæreditatem non uendicauerit) tunc absque dubio sustinebitur testamentum, non obstante quòd filius aliter non sit institutus, nec exhæredatus. & in terminis huius conclusionis procedit absque dubio opinio affirmatiua, quam tenuerunt Bart. Paul. de Castr. & plures alii. & in istis terminis præcisè loquitur tex. in. d. l. si quis ita hæres instituatur. Ratio huius conclusionis est euidens: quia cũ ista conditio efficiat, quod filius non dicatur suus & necessarius hæres ab intestato, sed solùm uoluntarius. l. iam dubitari §. fin. infra' de hæred. instit. l. hæc uerba. infra' de cond. instit. per consequens ista cõditio operabitur duo.

27 Primùm, quòd statim in morte patris non continuabitur, nec deferetur hæreditas in filium iure suitatis ex causa intestati (quia suitas est sublata per istam conditionem.) Secundò operabitur. d. conditio, quod non poterit hæreditas patris deferri in filiũ ab intestato antequam sit purificata conditio, sub qua fuit tacitè uocatus ab intestato. Declaro. Si dictum sit. Instituo Titium hæredem sub cõditione. Si filius meus hæres esse noluerit. uidetur filius uocatus ab intestato tacite sub contraria conditione. si uoluerit hæres esse. & sic si defecerit conditio ipsius testamenti. Hoc est quod præsupponit tex. in. d. l. si quis ita hæres

insti

instituatur. in his uerbis. [Puto deficere conditionem testamenti illo hæreditatem uendicante.] quæ uerba uidentur denotare, quòd non deferatur hæreditas illi legitimo antequa'm incipiat uendicare & antequã deficiat conditio testamenti: undé sequitur, ꝙ istud testamentum erit aptum ad impediendum, né hæreditas deferatur ex causa intestati antequa'm deficiat conditio ipsius testamenti, & sic antequa'm filius uoluerit esse hæres, uel uoluerit uendicare hæreditatem. Non enim potest deferri hæreditas ab intestato antequã deficiat cõditio testamenti. d. l. quãdiu. l. antequã. C. com. de succes. & consequenter sequitur, ꝙ tale testamentũ sit ualidũ. Nec in casu huius conclusionis testamentũ poterit uitiari propter præteritionem filii: quia testamentum tunc potest uitiari propter præteritionem filii quando filius remanet suus & necessarius ex causa intestati: nàm hoc casu testamentum non potest impedire, quin ab intestato statim a' morte patris iure suitatis deferatur & continuetur successio in filium: propter quam rationem præteritione filii ipso iure testamẽtum annullatur (ut dictum fuit suprà in prima cõclusione.) Sed præteritione filii non uitiatur testamentum quando filius non remanet suus & necessarius ab intestato, ut est in casu huius conclusionis: quia in casu isto, cùm non possit statim a' morte patris successio iure suitatis in filium deferri & continuari, & ideò testamentum sit aptum ad impediendũ, né deferatur hæreditas ab intestato donec pẽdet conditio ipsius testamenti: idcircò cessabit ratio, propter quam præteritione filii testamentum annulletur. Nec etiam obstabunt alia, quæ suprà adducta fuerunt pro opinione, quòd testamentum non sustineatur: quia (ut suprà dictum fuit) non loquuntur in ista conditione uoluntaria, quæ tollit suitatem: sed in illa conditione. Si filius meus uiuo me morietur. quæ conditio non tollit suitatem.

29 Habes igitur ex prædictis, quòd ubi filius est positus in conditione ad exclusionem hæredis scripti in testamento, censetur tacitè uocatus ab intestato (quod præsupponunt omnes:) sed istud debet intelligi quando est positus in conditione ad exclusionem omnium hæredum, qui sunt scripti in testamento; secus autem quando ad exclusionem aliquorũ hæredum tantummodo. (ut dictum fuit suprà & dictum fuit ex mente Bartho. in interpretatione § idem credẽdum.) Habes etiam, quòd ista tacita uocatio filii ab intestato, non est efficax ad impediendũ, né testamẽtum annulletur propter præteritionẽ filii, ubi filius uocatur ab intestato uti suus & necessarius. secus autem ubi uocatur tacitè ab intestato uti hæres uoluntarius; quoniam (ut suprà dictũ fuit) testamẽtum in casu isto est aptum ad impediendum, né filio deferatur hæreditas ab intestato antequa'm deficiat conditio testamẽti, hoc est, antequa'm ipse filius uoluerit esse
30 hæres & uendicare hæreditatem. Et ideò infertur, quòd ubi esset facta institutio isto modo. Si filius hæreditatem uendicare noluerit. quoniam in casu isto huic filio, qui est positus solus in conditione non defertur hæreditas ab intestato antequa'm dicat se uelle uendicare, & deficiat conditio testamenti, quòd talis filius interim decedens non transmitteret hæreditatem patris nec iure suitatis, quia non est suus: nec ex potentia iuris deliberandi, quia hæreditas nondùm est sibi delata; Et ad hoc, ut possit fieri transmissio hæreditatis ex iure deliberandi necesse est, quod sit delata. l. cum antiquioribus. C. de Iur. delib. pro quo facit tex. in l. si ita legatum § illi si uolet.
31 infrà de leg. i. Tertiò discutiendum est de eo, quod tractant doct. in isto principio in illo uerbo [Nepos siue quæ neptis] uidelicet, qua ratione ultrà expressionem sexus masculini. nepotum. fuerit expressus sexus fæmineus. Neptis. Circa' quod Alex. dicebat ꝙ fuit propter id, quia alia's in prouisione Galli non fuisset comprehensus sexus fæmineus. neptis. sub expressione sexus masculini. nepotis. ex quo dispositio Galli est correctoria & ideò strictissime interpretãda. l. præcipimus § f. C. de appel. c. cum expediat de electio. in sexto. & per regulam, quòd in materia strictè interpretanda non intelligimus utrunque sexum in expressione sexus masculi. l. i. § sed si adiectum. ff. de uent. in poss. mit. Sed glo. hic Raph. Ias. & Fortun. dicunt quòd fuit expressus fæmineus sexus. neptis. ultrà sexum masculinum ad maiorem declarationẽ, & quòd sine alia expressione fuisset cõprehensus sexus fæmincus: quia regulariter intelligimus utrunque sexum in expressione sexus masculini. l. i. inf. de uerb. oblig. l. si quis ita dederit. in principio. supra' de testam. tut. maximè in casu nostro, in quo est eadem ratio in sexu fæmineo. neptis. quæ in sexu masculino. nepotis. ex quo præteritione neptis, quæ nascitur inter suos non minus rumpitur testamentum, quá'm

præte-

præteritione nepotis: & ideò militat regula, quo'd in materia quàmuis ſtrictè interpretanda & odioſa de ſtricta ſignificatione ad latam ex identitate rationis licita eſt extenſio. l. filiũ habeo. ff. ad maced. glo. in clem. prima in uerbo. [Elligatur.] & ibi Cann. not. de electio. Glo. in auth. ut hi qui oblig. ſe perib. hab. res. min. in principio in uerbo. [Ad curationẽ.] ex quo uidetur tolli fundamentũ Alexã. Ad quod etiam alio modo reſpondet Iaſo. conſiderando quo'd diſpoſitio Galli non eſt correctoria, ſed ſolùm limitatoria Iuris antiqui, ut hic per eum. Ego pro concordia puto diſtinguendum, quo'd ſi quæſtio ſit, an fuerit neceſſaria expræſſio ſexus fæminei. neptis. ultra' ſexum maſculinum. nepotis. quo' ad effectum, ut in diſpoſitione Galli (quo'd poſſint inſtitui nepotes poſthumi) intelligantur comprehenſæ nepotes fæmineæ. & concludendum eſt, quo'd non, & quo'd procedat opinio Glo. & aliorum hic. pro quo eſt tex. in principio huius. l. in his uerbis. [Gallus aquilius ſic poſſe inſtitui poſthumos nepotes induxit.] Nàm patet, quo'd Scæuola in his uerbis uoluit etiã comprehendere neptes poſthumas; & quia in qualibet materia appellatione maſculini ſexus intelligimus utrunque ſexum, ubi in illa materia nõ fiat diſcretio unius ſexus ab alio. l. ſi quis id quod. & ibi notatur. ff. de Iuriſd. omn. iud. nàm cum in hac materia per legem debuiſſet diſponi de utroque ſexu & nepotis & neptis, quàmuis facta fuiſſet expreſſio ſolũ de ſexu maſculino: interpretatio tamẽ ſumenda eſſet, ꝙ nõ fuiſſet facta expreſſio ſexus maſculini ad denotandum unum ſexum diuerſum ab alio: ſed gratia frequentioris uſus, quo ſolemus per maſculinum ſexum omnes denotare. Si uero' quæſtio ſit, an eſſet neceſſaria expreſſio ſexus fæminei. neptis. ad effectum ut intelligatur comprehenſus in inſtitutione nepotis poſthumi, quæ fieret à teſtõre: & cõcludendum eſt, quo'd requiritur ſaltem ad tollendam dubitationẽ: & ita procedat opinio Alexandri. & in iſtis terminis loquitur text. noſter: nàm exprimitur perſona neptis poſtumæ in formula inſtitutionis, qua uti debet te-
32 ſtator. Et ratio eſt, quia in diſpoſitiõe teſtatoris non ita ſimpliciter & abſolutè receptum eſt, ꝙ in ea intelligatur facta expreſſio ſexus maſculini gratia frequentioris uſus, quo ſolemus per maſculinum ſexum omnes denotare. Solet enim aliquando à teſtatore exprimi ſexus maſculinus ad differentiam ſexus fæminei, quo caſu in maſculino non continetur ſexus fæmineus. d. l. i. §. ſed ſi adiectum. Aduertendum enim eſt, quo'd ſicut in illo articulo, an appellatione filii contineatur nepos ſolet diſtingui, an appellatio filii intelligatur prolata ad denotandum unum gradum deſcendentium diſtinctum ab aliis, an uero' ſimpliciter ad denotandum deſcendentes: quia primo caſu non continetur, ſed in alio caſu continetur: (ut declaratum fuit in. l. filiusfamilias §. diui. ff. de leg. i.) ita etiam in iſto articulo, an ſub maſculino contineatur ſexus fæmineus diſtinguẽdum eſt, an ſexus maſculinus intelligatur expreſſus ad denotandum unum ſexum diuerſum ab alio, an gratia frequentioris uſus, quo ſolemus per maſculinum ſexum omnes denotare: quia primo' caſu non continetur, ſed in ſecundo continetur: quia per eandem rationem utraque quæſtio reſoluitur. ut præſupponit tex. in. l. iuxtà. infrà de uerb. ſigni. Quando autẽ ſexus maſculinus intelligatur expreſſus gratia frequẽtioris uſus, & quando ad denotandum unum ſexum diuerſum ab alio, non proſequor: ex quo nõ pertinet ad materiam. l. noſtræ.

Quarto' tractandum eſt de illa quæſtione, quam tangunt doct. in iſto principio circà illud uerbum [Poſt mortem meam] uidelicet, an inſtitutio de iſto nepote, qui naſceretur poſt mortem aui teſtatoris porrigatur ad ne-
33 potem, qui naſceretur in uita aui. Circà quam Barth. & cæteri concludunt, quo'd non porrigitur, ſed quo'd talis nepos, qui naſceretur in uita diceretur præteritus: per tex. in. l. commodiſſimè. Iſta concluſio licet ſit uera & indubitata, patitur tamen aliquas difficultates. Prima eſt, quare. d. inſtitutio non porrigitur ad caſum quando nepos naſcitur in uita, quemadmodũ ſolet extendi uulgaris ſubſtitutio de caſu ad caſum §. & quid ſi tantùm. infrà ead. l. & ibi not. & declarant Bartho. & alii in. l. i. infrà de uulg. & quemadmodũ ſubſtitutio uulgaris porrigitur ad caſum pupillaris & è contrà. l. iam hoc iure. infrà' de uulg. l. quàmuis. l. hæreditatẽ. C. de impub. Ad hanc difficultatem reſpondet Barth. quo'd ſubſtitutio tunc extenditur de uno caſu ad alium quando duo concurrunt, uidelicet, quo'd ille caſus ſit de natura ſubſtitutionis, & ꝙ reſpiciat perſonam, cui fit ſubſtitutio: & quia in caſu præſentis quæſtionis hic caſus (quo'd nepos naſcatur in uita, uel ꝙ naſcatur in morte teſtatoris) nõ eſt de natura ſubſtitutionis, nec

reſpici

respicit personam filii, cui fit substitutio sed personam nepotis, qui instituitur uel substituitur: idcirco si sit expressa in uno ex dictis casibus non extenditur ad alium. quod etiam sequitur Soci. in l.i. col.x. uersi. secundo limita. infra de uulga. Circa quam solutionem aduertendum est primo, q in ea præsupponitur quod hæc duo requisita debeant interuenire in utroque casu, uidelicet & in expresso & in tacito, ad quem debeat fieri extensio. Istud patet in substitutione uulgari sub conditione. si institutus non poterit esse hæres. nam sicut hic casus expressus. si institutus non poterit esse hæres. est de natura substitutionis & respicit personam cui fit substitutio: ita et ille casus tacitus. Si institutus nolue rit esse hæres. ad quē debet fieri extensio est de natura substitutionis & respicit personā, cui fit substitutio. Similiter quia in casu quæstionis nostræ in isto casu expresso (q nepos nascatur post mortem aui) deficiunt illa duo requisita: quia non est de natura huius institutionis seu substitutionis & non respicit personā cui fit substitutio: ita etiam in casu tacito quā do nepos nascitur in uita deficiunt ista duo requisita: quia nec est de natura substitutionis, nec respicit personam filii, cui fit substitutio: & propterea dicta institutio, seu substitutio non extenditur ad istum casum tacitum.

35 Secundo est aduertendum, quod omnes casus, in quibus deficit institutio hæredis instituti, dicentur esse de natura substitutionis uel ob id, quia prædicti casus continentur sub formula uulgaris substitutionis, quæ est generalis ad omnes casus, in quibus deficit institutio hæredis instituti: uel ob id, quia nolit uel quia non possit. l. cum proponas. C. de hæred. instit. ead. leg. uel ob id, quia dicti casus sunt de eo, ut declaratum fuit in §. & quid si tantum infra quod tacitè inest in ipsa institutione: na'm gratia exempli, hic casus seu conditio. si institutus uelit esse hæres. inest de necessitate in eius institutione, ex quo aliter institutio non potest habere effectū nisi institutus uelit esse hæres: propterea hic casus. si institutus nolit esse hæres. quia est de eo quod tacitè inest in ipsa institutione, dicitur esse de natura substitutionis. Similiter quia ista conditio. si institutus poterit esse hæres, uel si institutus nascetur, uel si superuixerit testatori. inest de necessitate in ipsa institutione: (ut patet) idcirco contraria conditio seu casus, uidelicet. si institutus non potuerit esse hæres, uel si non nascetur uel si non superuixerit. dicetur esse de natura substitutionis. (ut declaratum fuit in l.i. infra de uulg.) Possunt quidem esse de natura substitutionis plures alii casus ex eo, quod tacitè & de necessitate insunt in ipsa substitutione, prout est ista. Si substitutus nascatur, uel si superuixerit testatori, uel si potuerit uel uoluerit esse hæres. quia substitutio non posset habere effectum in persona substituti nisi dicti casus eueniant licet contingant institutum non esse hæredem; uoluit igitur dicere Bartho. quod ad effectum, ut substitutio porrigatur de casu ad casum non sufficit, quod ille casus existat de natura substitutionis, nisi sit de natura substitutionis eo respectu, quia sit de casibus in quibus deficit institutio. & hoc est, quod uoluit dicere dùm dixit, quod requiritur, quod casus ille respiciat personam illius instituti. istud enim importat, ac si diceret, quod sit de casibus, in quibus deficit institutio. Ratio autem diuersitatis (quare substitutio extendatur de casu ad casum, quando est de natura substitutionis? & respicit personam hæredis instituti, & sic est de casibus in quibus deficit institutio: & tamen non extendatur de casu ad casum, qui licet sit de natura substitutionis, respicit tamen personam substituti & est de casibus in quibus deficit solū substitutio, non autem institutio) est duplex. Prima est, quod in primo membro omnes illi casus, qui respiciunt defectum institutionis sunt comprehensi in formula uulgaris substitutionis. & regula est quod substitutio porrigitur de casu ad casum, qui continetur sub formula substitutionis. (ut declaratum fuit in d§. & quid si tantùm) quæ ratio cessat in secundo membro, quia casus respicientes personam substituti & in quibus non deficit institutio sed solùm substitutio, licet sint de natura substitutionis: tamen cùm non sint comprehensi in formula uulgaris substitutionis, propterea ad hos casus non se extendit substitutio: quoniam regula est, quod substitutio non se extendit ad alium casum, qui non sit comprehensus in formula ipsius substitutionis. ut est casus in d§. & quid si tantùm. iuxta uerum intellectum illius tex. (ut ibi diximus.) Secunda ratio diuersitatis est, quia quando casus expressus in substitutione est de eo, quod tacitè & de necessitate inest in institutione cē setur expressus in substitutione eo modo, quo tacitè inest de natura substitutionis: ex quo casus contrarius seu tacita conditio contraria,

uideli-

uidelicet, si institutus uelit uel possit esse hæres, intelligitur eo modo quo inest in ipsa institutione: quia eodem modo intelligitur in institutione, prout intelligitur in substitutione. (ut declaratum fuit in l. i. infrá. de uulg.) & ideó sequitur, q̃ expressio huius casus in substitutione nihil debet operari, & sic nõ debet impedire quin extendatur ad alium casum. per regulã q̃ expressio eius, quod tacitè inest nihil operatur. l. iii. & quod ibi notatur. infrá. de leg. i. l. in conditionibus. primum locum
37 §. i. infrá. de condition. quæ ratio cessat in expressione alterius casus, qui non respiciat defectum institutionis nec personã instituti, sed solúm defectum uel existentiam substitutionis, uel personam substituti: quia expressio huius dicetur facta alio modo, quám tacitè inest: & ideò eius expressio aliquid operatur & impedit, nè ad alium casum extendatur. Declaro. licet in substitutione posthumi insit tacitè & de necessitate conditio natiuitatis ipsius posthumi simpliciter & absolutè: tamẽ non inest de necessitate conditio natiuitatis limitata ad casum quando contingit in uita testatoris, nec similiter inest de necessitate quando. d. conditio est limitata ad natiuitatem. quæ contingit post mortem: (ut patet) dũ igitur simpliciter & absolutè exprimitur conditio natiuitatis posthumi substituti, uel alio modo honorati dicetur expressa eo modo quo tacitè inest in ipsa substitutione: sed dum exprimitur limitata ad casum quando natiuitas contingit in uita, uel ad casum quando cõtingit post mortẽ testatoris dicetur expressa non eo modo quo tacitè inest, sed per alium modum: & iõ constituit conditionem uoluntariam, quia alias illa expressio. [Per aliũ modum quá inest.] foret elusoria & superflua, & consequenter debet impedire ne' substitutio, seu dispositio extendatur ad alium casum in quo deficiat conditio expressa. & per hanc rationem procedit decisio. d. l. commodissimé. ut fusiùs fuit declaratum in d. l. i. infrá. de
38 uulg. Secunda difficultas est de tex. in l. fin. C. eod. titu. ubi institutio de filio, qui nascetur intrá x. mensium spatium post mortem meam, uel qui nascetur intrá. x. menses proximos mortis meæ, porrigitur ad casum quãdo filius nascitur in uita patris. Ad istum tex. Bart. & communiter doct. hic & in d. l. f. & in d. l. commodissimé. respondent iõ comprehendi eum, qui nascetur in uita: quoniam testator existimabat se incontinenti post testamentum moriturum. quæ solutio non placet, tũ quia diuinat ad illum tex. tũ quia uidetur contra' tex. Nã uerba. d. institutionis porriguntur ét ad eum, qui nondúm erat conceptus tempore testamenti, & qui post testamẽtum conciperetur: nã comprehendunt non solúm eum, qui nascetur intra'. x. menses a' tempore testamenti, sed ét eum, qui nascetur intra' decem menses a' die mortis: & ideó nõ possumus dicere, q̃ testator cogitaret se incõtinenti moriturum cũ cogitauerit de filio suo concipiendo post testamentum. Vera solutio ad illũ tex. est q̃ uerba institutionis in casu. d. l. fin. possunt recipere istã interpretationem, ut comprehendant non solũ filium nasciturum post mortem testatoris, sed etiã nasciturum in uita: quod expressé præsupponit tex. ille in finalibus uerbis, dúm dicit [Nec pænam patiatur præteritionis, qui filios nõ preteriit.] sed quia tex. ille non declarat, qua ratione uerba institutionis in casu. d. l. f. recipiãt. d. interpretationem ut cõprehẽdant filium, qui nascetur in uita: idcircó ad declarationem huius sciendum est, q̃ illa uerba. [Si filius uel filia intrá decem mensium spatium post mortem meam editi fuerint hæredes sunto] habent duplicem sensum. Primó intelligendo, q̃ illud uerbum. [Post mortem.] referatur ad participiũ. [editi fuerint] quasi sensus sit. Si filius uel filia post mortẽ editi fuerint intrá decem menses á die mortis etc. & iuxta' istum sensum non comprehenderent eum, qui nasceretur in uita. Secundus sensus est intelligẽdo q̃ illud uerbum. [Post mortem meam.] non referatur ad participium [editi fuerint.] Sed solũ ad illa uerba [intra' x. mensium spatium.] quasi dictum esset. Si filius uel filia editi fuerint intra'. x. mensium spatium post mortem meam. hoc est a' die mortis meæ computandos, uel qui decurrent post mortem meam. Et iuxta' istum sensum, illa uerba continebunt omne tempus a' die testamenti usque ad x. menses, qui decurrent post mortem testatoris: & consequenter comprehendent etiam eum, qui nascetur in uita: quia illud tempus, quod est post testamentum antè mortem dicetur esse intra' illud tempus, uidelicet, antequam decurrant. x. menses a' die mortis testatoris. Idem dicendum est in alio casu quando dictum fuit. filius uel filia, qui intra' decem menses proximos mortis meæ nascentur, hæredes sunto. na'm possunt recipere istum sensum. Filius uel filia

qui mihi nascentur antequã lapsi sint. x. mẽses proximi mortis meæ, & propterea comprehendunt nascituros in uita; & lex illa determinat, quo'd debeat accipi ista interpretatio ut uideantur instituti omnes filii, qui nascentur post testamentum antè lapsum decem mensium à die mortis testatoris. Sed conclusio nostra & decisio text. in. d. l. commodissimé. loquitur & procedit quando uerba institutionis non sunt apta comprehendere illum, qui nascitur in uita, sed solùm illum, qui nascetur post mortem; prout est in casu tex. nostri ubi dictum fuit. Tunc mihi nepos post mortem meam nascetur in. x. mensibus proximis quo filius meus morietur. uel quando testator dicit. Instituo filiũ qui mihi nascetur post mortem. ut in casu d. l. cõmodissimé. in istis enim casibus uerba non possunt esse apta ad significandum illum, qui nascetur in uita.

Quò uerò ad aliam quæstionem de qua tractant doct. in isto principio circa' illud uerbũ. [In decem mensibus.] uidelicet, an partus editus ab uxore post mortẽ mariti, per duos dies & .x. menses, censeatur filius mariti præfuncti: aduertendum est, q̃ ista quæstio continet duos articulos. Primus est, an sit possibile, q̃ partus protẽdatur ultra' .x. menses per duos dies. Alius est, an in iure nostro iste filius natus post .x. menses & duos dies a' die mortis mariti agnoscatur uti filius mariti.

39 Quò ad primum decisio huius articuli uidetur magis pertinere ad Physicos, quam ad Iurisconsl. & opiniones Phisicorum sunt uariæ: nam Aristo. & Auicen. quos etiam citat & sequitur Magister Gentilis (ut hic refert Soci. & sequuntur plures alii quos citat Aulusgel. in. xvi. lib. not. atich. quem hic refert. Iaso.) tenuerunt, quo'd partus possit protendi ultra' .x. menses per duos dies. Hyppocrates autem tenuit non protendi ultra' .x. menses. Circà istud considerandum est si dici possit, quo'd opinio Hyppocra. sit de eo, quo'd actu nunquam contigerit, q̃ partus sit dilatus ultra' .x. menses: opinio uero' aliorum non sit de eo, quòd aliquando contigerit partum fuisse dilatum ultrà .x. menses: Sed solùm de eo, q̃ sit possibile partum diferri ultra' .x. menses. Aliqua enim dicũtur possibilia eo ipso quo'd in rerũ natura possunt euenire quãuis actualiter nunquam euenerint. Quo' uero' ad secundum sunt etiam opiniones: nam glo. hic & in §. fin. & in auth. de restit. & ea quæ parit. & Bart. post Cyn. quem refert tenuerunt q̃ iste natus per duos dies ultrà .x. menses post mortem mariti agnosceretur uti filius mariti. Cõtrariũ tenuit glo. in. l. septimo mense. ff. de statu. hom. quã sequuntur magis cõiter doct. ut hic dicunt Alexander Aret. Soci. & Iaso. & pro ista opinione est casus in. l. intestato. §. post decem. infra' de suis & legit. & hoc uidetur esse de mente tex. nostri hic. nam in eo, q̃ constituit tempus .x. mensiũ a' die mortis mariti natiuitati ipsius Posthumi uidetur præsupponere, quo'd postea natus nõ censeretur posthumus testatoris, sed filius alterius. pro quo etiam facit ratio: quòd licet forte uno uel alio casu possit contingere, quo'd partus diferatur per aliquos dies ultrà .x. menses, non tamen lex debuit agnoscere illũ pro legitimo filio mariti, qui nasceretur per aliquos dies ultra' .x. menses: ex quo leges non solent adaptari ad ea quæ solùm uno uel altero casu possunt accidere. l. ex his supra' de legi. contra' tamen istam opinionem communem ponderatur per doct. tex. in. d. §. fin. in auth. de restit. & ea quæ parit. in uerbo [undecimo mense perfecto] nam a' contrario sensu uidetur inferri, q̃ si ille filius esset natus antè perfectum xi. mensem à morte mariti, quo'd posset censeri filius mariti. Ad quem tamen tex. post positis, quæ dicant cæteri est facilis solutio: quia dùm tex. in sensu directo' dicit, quo'd ex quo partus fuit editus perfecto xi. mẽse post mortem mariti, non sit possibile, q̃ dicatur ex marito conceptus: a' contrario sensu infertur solùm, q̃ si natus esset antè xi. menses posset dici conceptus ex marito, & quo'd in rerum natura sit possibile, quo'd partus protendatur usque ad xi. menses: sed non infertur, q̃ talis partus agnoscatur per leges pro filio legitimo ipsius mariti, sed solùm q̃ talis filius possit dici conceptus ex marito quo' ad effectum eximendi matrẽ a' pæna de qua in tex. illo. Puto tamen esse aduertendum ad unum, quo'd si eueniret casus, q̃ in ultima die .x. mensis post mortem mariti eueniret tempus pariendi (quia dolores partus agrederẽtur mulierem, tamen propter difficultatem pariendi emissio partus diferretur per unũ uel alterum diem) quo'd isto casu per leges agnosceretur pro legitimo filio ipsius mariti: ex quo constat illum partum fuisse maturũ antè lapsum .x. mensiũ licet propter difficultatem pariendi ex aliquo accidenti nõ potuerit edi intra' .x. menses & in isto casu admitterem opinionem glo. Bart. & Cyni supra' relatam.

SVMMARIVM

SVMMARIVM CIRCA QVAE-
stiones §. quidam rectè.

1 In dispositione ultimæ uoluntatis, in qua in eadem oratione sunt coniuncti per copulam Titius & eius filii, propria significatio copulæ denotat quòd filii intelligantur simul cum Titio patre uocati.

2 Propria significatio uerbi dispositiui quando est unicum, & uniformiter refertur ad Titium & eius filios, denotat unicam dispositionem communem ad Titium & eius filios.

3 Quando dispositio non potest esse ualida in filijs nisi deficiat in persona eorum patris, tunc inter patrem & filios coniunctos in eadem dispositione per copulam admittitur interpretatio ordinis successiui. & qualiter istud debeat exemplificari.

4 An necessitas instituendi & ordinata charitas, quæ sumitur ex potestate succedendi ab intestato quæ sit in filijs successiuè post patrem, sit efficax ad hoc, ut recipiatur interpretatio ordinis successiui inter patrem & filios.

5 Quibus casibus non subsit præsumptio, quòd testator in dispositione quam contulit in filium & nepotem, habuerit considerationem necessitatis instituendi & potestatis succedendi ab intestato, quæ inter eos existat.

6 Sola præsumptio, quòd testator habuerit consideration nem necessitatis instituendi & potestatis succedendi ab intestato inter filios & nepotes, non est efficax ad inducendum, quòd testator censeatur uoluisse inter eos seruari ordinem successiuum.

7 Propria significatio uerborum ostendit euidentem uoluntatem testantis, & quòd uoluerit illud, quod propria significatio exprimit.

8 in l. in codicillis. §. instituto. ff. de leg. 2. præsupponitur pro indubitato, quòd non admittatur sensus ordinis successiui in institutione de filio & nepotibus ex eo.

9 Ratio quare in casu l. cum pater §. pen. de leg. ij. alternatiua posita inter personas honoratas non resoluatur in copulam.

10 Nullibi probatur, quòd simplici fauore filiorum alternatiua resoluatur in copulam, & de intellectu l. generaliter in principio. C. de instit. & substit. & l. Lucius. ff. de hæred. instit.

11 Alternatiua tunc debet resolui in copulam quando aliter non posset induci effectus, quem uoluit testator, & resultaret contrarius effectus.

12 Sola ratio ordinatæ charitatis & naturalis affectionis, quæ sumitur ex successiua potestate succedendi ab intestato existente in nominato & eius filijs, non est sufficiens ad hoc, ut admittatur interpretatio ordinis successiui.

13 Quomodo intelligatur regula, quòd testator censeatur uoluisse conformare dispositionem suam cum dispositione iuris communis.

14 Quando constat, filios illius nominati esse positos in cõditione solùm contemplatione & intuitu patris sui, est efficax ratio ad interpretationem ordinis successiui.

15 Vbi dispositio, in qua coniunguntur per copulam pater & eius filii, est limitata ad aliquos filios, tunc non constabit filios esse adiectos solùm intuitu & contemplatione patris: & propterea cessabit interpretatio ordinis successiui.

16 Sed ubi dicta dispositio sit generalis ad quoscunq; filios etiam nascituros, constabit filios fuisse adiectos intuitu & contemplatione patris: & ideò militabit sensus ordinis successiui.

17 Intellectus ad l. fin. C. de impub.

18 Nunquam militat interpretatio ordinis successiui quando cum patre & filiis in eadem dispositione coniungitur alius tertius per copulam.

19 Intellectus ad l. si mulieri cum liberis. inf. [de usufruct. accrescen. & ratio quare in casu illius tex. non admittatur interpretatio ordinis successiui inter mulierẽ & eius liberos.

20 Generalis Theorica seu distinctio circà illum articulũ, an & quando sit admittenda interpretatio ordinis successiui inter patrem & filios coniunctos in eadem dispositione.

21 Decisiones doct. quæ uidentur concordare cum prædicta distinctione.

22 Quòd prædicta distinctio procedat etiam in institutione de fratre & liberis eius.

23 Quem sensum habeat ordo successiuus, qui intelligitur inter patrem & filios nascituros.

24 Quando intelligi possit ordo successiuus in extraneo et eius filijs, & mentio filiorum fuit præposita.

25 Qualiter intelligatur statutum imponens pœnam amputationis capitis & linguæ.

26 Quòd omnino cessat interpretatio ordinis successiui, quando dictum fuit. Instituo Titium & eius filios & hæredes.

27 Cessat etiam interpretatio ordinis successiui in institutione de Titio & filiis Seij.

28 Casus in quibus absque dubio dispositio de filiis intelligitur etiam de nascituris.

29 Quotiens in dispositione intelligitur unicum legatum commune ad omnes filios, in dubio dispositio intelligitur etiam de filiis nascituris.

30 Sufficit si sit cogitatum in genere de personis, quas cõprehendit generalitas propriæ significationis uerborum dispositionis.

31 Ratio quare in l. siquis filiabus. suprà de testam. tutel. & in l. placet. suprà eo. indefinita [filiorũm & posthumorum] intelligatur etiam de nascituris.

32 Quibus casibus potuerit apparere, q̃ disponens cogitauerit de persona, quam comprehendit propria significatio, & quibus casibus poterit apparere, q̃ de illa non cogitauerit.

33 Quando indefinita [rerum] intelligatur solùm de illis, quæ exstabant tempore testamenti, & quando etiam de futuris quæsitis post testamentum.

34 Quòd sit differentia inter demonstrationem adiectam indefinitæ [rerum] & demonstrationem adiectam indefinitæ [personarum] & de ratione differentiæ.

35 Intellectus ad l. qui filiabus. in principio infrà de leg. i. & ratio quare in casu illius tex. legatum relictum

filiabus in dubio non intelligatur de posthuma.

36 Distinctio an & quando ad effectum, ut legatum relictum filiis uel cognatis intelligatur de nascituris exigatur quòd testator in specie de illis cogitauerit & quando in dubio intelligatur de nascituris. et nu. 38.

37 Intellectus ad. l. qui quartam §. fin. infrà de leg. i.

39 Quando in legato relicto filiabus comprehendatur filia nata post testamentum antè mortem, & quando etiam filia nata post mortem.

49 Qualiter intelligi debeat opinio doct. quòd in dispositione de filiis, uel cognatis alterius quàm testatoris, illa indefinita intelligatur solùm de illis, qui existunt tempore testamenti.

41 An & quando testator legat singulis filiabus centum pro dote, legatū intelligatur ēt de filiabus nascituris.

42 Effectus qui resultat ex eo, q̄ in dispositione de filiis seu cognatis intelligantur comprehensi, uel non comprehensi nondùm nati.

43 An in casu quo dispositio de filiis seu cognatis intelligitur de nascituris, intelligenda sit de quibuscunque nascituris, an solùm de natis uel conceptis tempore mortis testantis.

44 Dispositio quæ intelligitur de filiis & cognatis nascituris, intelligitur de quibuscunque qui erunt nati uel concepti tempore quò cedit dies & conditio dispositionis: sed non de illis qui erunt nati uel concepti postea quàm cessit dies dispositionis.

45 Intellectus ad. l. si cognatis infrà de reb. dub. & de ratione quare legatum relictum cognatis testatoris non possit intelligi de natis uel conceptis post eius mortē.

46 Persona legatarii de necessitate debet esse capax tempore, quo cedit dies legati.

47 Quando dicetur cedere dies legati uel substitutionis collatæ in filios uel cognatos Titij quando intelligitur etiam de nascituris. & nume. 51. & 52.

48 Quòd dispositio collata generaliter in filios & cognatos alicuius, intelligitur solùm collata in eos, qui potuerunt capere, & includit istam conditionem. si extabunt aliqui filij uel cognati, qui sint capaces.

49 Dicta conditio. si extabunt filij uel cognati capaces. nunquam potest dici defecta donec subest spes, q̄ possint superuenire aliqui, qui sint capaces.

50 Conditio prædicta statim dicitur adimpleta eo ipso, q̄ existunt aliqui filij seu cognati, in quorum personis utiliter cedere possit dies legati uel substitutionis.

53 Quando legatum relictum Titio & eius filijs dicatur cedere quò ad filios Titij.

54 Legatum factum duobus coniunctim potest quò ad unū esse purum, & quò ad alium conditionale.

55 Quando dies legati relicti expressè filijs tàm natis, quā nascituris dicatur cedere quò ad filios nascituros

56 An ordo successiuus inter patrem & filios copulatiuè uocatos in eadem dispositione, intelligatur quò ad uulgarem tantùm, an etiam quò ad fideicōmissariam.

57 Rationes quæ suadent interpretationem ordinis successiui inter patrem & filios copulatiuè uocatos in eadem dispositione, pertinent solùm ad dictum ordinem quò ad uulgarem non quò ad fideicommissariam.

58 Ex ordine successiuo quò ad uulgarem nō potest inferri ad inducendum interpretationem ordinis successiui quò ad fideicommissariam.

59 An ordo successiuus inter patrem & filios substitutos in compendiosa facta filijs & hæredibus institutis, intelligendus sit quò ad solam uulgarem, an etiam quò ad fideicommissariam.

60 Ex eo quòd substitutio sit facta postmortem plurium filiorum, non sumitur coniectura efficax ad inducendum reciprocam inter ipsos filios nisi duobus concurrentibus.

61 Substitutio regulariter non se extendit de persona ad personam, nec de re ad rem. & nume. 76.

62 Qualiter intelligatur regula. l. publius infrà de cond. q̄ testator censeatur minùs diligere substitutum, quā institutum, & illa alia, q̄ una pars testamenti declaratur per aliam.

63 Qualiter intelligatur illa regula, uidelicet. Verba testamenti non important hanc substitutionem, igitur censetur omissa.

64 An ordo successiuus in legato relicto Titio & eius filijs, intelligatur quò ad solam uulgarem an etiam quò ad fideicommissariam.

65 Ordo successiuus inter patrem & filios intelligitur etiam quò ad fideicōmissariam quotiens adest aliquod uerbum denotans tractum successiuum.

66 Quot casibus dicantur adesse uerba denotantia tractū successiuum, seu ordinem successiuum quò ad fideicommissariam.

67 Quando dictum esset. Instituo fratrem & post eius mortem eius filios, uel post eum ipsius filios. dicetur adesse uerba, quæ in specie denotant ordinem successiuum quò ad fideicommissariam.

68 An quando dictum fuit. Substituo fratrem, & eo non existente eius filios. illud uerbum [fratre non existente] exprimat ordinem successiuum quò ad fideicommissariam, an solùm quò ad uulgarem.

69 Ordo successiuus intelligitur utroque modo ubi dictū esset. Instituo, uel substituo fratrem & eius filios gradatim, uel de gradu in gradum, uel ordine successiuo.

70 Prædicta tamen uerba non denotarent ordinem quò ad fideicommissariam quando subiecta materia dispositionis non esset apta ad istum ordinem.

71 Quando nomen collectiuum [liberorum uel descendentium] significet uel non significet ordinem successiuū quò ad fideicommissariam inter ipsos liberos & descendentes.

72 An nomen collectiuum [familiæ, uel agnationis seu domus] sit aptum ad denotandum ordinem successiuum quò ad fideicommissariā inter illos de familia interse.

73 Ratio differentiæ inter nomē collectiuum [familiæ seu agnationis] & nomen collectiuum [liberorum seu descendentium.]

74 An ex eo quia adsunt uerba denotantia ordinem successiuum quò ad fideicommissariam inter descendentes fratris inter se, sumi possit coniectura efficax ad inducendum eundem ordinem inter fratrem & eius descendentes.

75 Regulariter uerbum adiectum ad denotandum ordinē successiuum

ſucceſſiuum quò ad fideicommiſſariam inter deſcendentes fratris inter ſe, cenſeri etiam debet relatum ad perſonam fratris & ad denotandum eundem ordinem inter fratrem & eius deſcendentes.

77 *An ex eo quia teſtator poſt mortem filiorum ſubſtituit fratrem & eius deſcendentes colligatur coniectura efficax ad interpretationem ordinis ſucceſſiui quò ad fideicommiſſariam inter fratrem & eius deſcendentes.*

78 *Ex eo, quòd teſtator uoluit eſſe ordinem ſucceſſiuum quò ad fideicommiſſariam inter deſcendentes priorũ graduum, non infertur quòd uoluerit eſſe eundem or* 2 *dinem inter deſcendentes ulteriorum graduum.*

79 *An ex eo quòd apparet teſtatorem uoluiſſe inducere hunc ordinem quò ad fideicommiſſariam inter fratrẽ & eius deſcendentes, inferatur quòd etiam uoluerit inducere eundem ordinem inter ipſos deſcendentes fratris inter ſe.*

80 *An ex eo quòd teſtator poſt fratrem ſubſtituit eius deſcendentes, & poſt ipſos deſcendentes ſubſtituit alios, inferatur ordo ſucceſſiuus quò ad fideicommiſſariam inter deſcendentes inter ſe.*

PLVRES quæſtiones tractãtur per Doct. in præſenti §. quidam rectè. quarum principalis & prima eſt, an in diſpoſitione ultimæ uoluntatis, in qua coniunguntur per copulam aliqui nominati & eius filii ſeu eius deſcendentes accipiendus ſit ſenſus, quòd filii intelligantur ſimul & æqualiter cum patre uocati: an uerò accipi debeat ſenſus ordinis ſucceſſiui, uidelicet, q̃ filii intelligantur uocati ſolùm in defectum patris. exemplum ubi teſtator dixit. Titium & eius filios inſtituo, ſeu ſubſtituo, uel Titio & eius
1 filiis lego uel relinquo fundum. Circà quã quæſtionem primò eſt aduertendum, quòd in hac diſpoſitione ultimæ uoluntatis, in qua in eadem oratione ſunt coniuncti per copulam Titius & eius filii propria ſignificatio illius copulæ & illius unici uerbi diſpoſitiui denotat ſenſum, q̃ filii intelligantur ſimul & æqualiter cum Titio patre uocati, & quòd nõ admittatur ſenſus ordinis ſucceſſiui: tũ quia natura copulæ eſt uocare coniunctos æqualiter. l. reos §. cum in tabulis infrà de duob. reis. l. i. C. ſi plures una ſententia & etiam ſimul & eodem tempore. l. i §. his ita. uerſi. hoc ita tàm uariæ. C. de caduc. tol. l. ſi duobus. in principio infrà de leg. i. tùm etiam quia de natura copulæ eſt, quòd diſpoſitio habeat effectũ in utroque coniuncto ſeu copulato: nàm ubi in altero tantùm poſſet habere effectum non retineret propriam naturam copulatiuæ, ſed aſſumeret naturam diſiunctiuæ. l. ſi Titio. infrà de uſufru. legat. & ibi Barth. not. l. ſæpe. l. coniunctionem inf. de uerb. ſig. Iaſ. in l. i. col. ii. ſuprà de iuſt. & iur. cum pluribus concord. de quibus per Ruin. conſi. 172. in ſecundo & Soci. iun. conſi. 131. nume. 32. in ſecundo'. & hoc eſt etiam de mente omnium Doct. hic; dùm dicunt, quòd ſi prædicta diſpoſitio ita intelligeretur, ut haberet effectum ſuum in patre tantùm uel in filiis tantùm, copula diceretur reſolui in diſiunctam. Similiter propria ſignificatio illius uerbi diſpoſitiui. quod eſt unicum & uniformiter refertur ad Titium & eius filios denotat unicam diſpoſitionem communem ad Titium & ad eius filios: quia ad inducendum duplicem diſpoſitionem requiritur duplex uerbũ diſpoſitiuum. l. quinquaginta & ibi Bart. not. ſuprà de proba. notant Bart. & alii in. l. reconiuncti. inf. de leg. iii. & iſta diſpoſitio unica communis ad Titium & eius filios iuxtà communes regulas iuris debet uniformiter intelligi in ipſis omnibus. l. nàm hoc iure: inf. de uulg. l. eum qui ædes. in fra' de uſucap. undè ſequitur quo'd non admittat ſenſum ordinis ſucceſſiui: quia iuxtà ſenſum huius ordinis oporteret præſupponere, quo'd eſſet duplex diſpoſitio, una uidelicet in perſona Titii pura & ſimplex, alia in filiis ſuis ſub illa conditione. ſi diſpoſitio non haberet effectũ in perſona Titii. quo caſu uerbum diſpoſitiuum aliter intelligeretur dùm refertur ad filios, & aliter dùm refertur ad Titiũ, & filii non cenſerentur ſimul & æqualiter uocati cum Titio, nec diſpoſitio haberet effectum in utriſq;, ſed in altero tantùm; quæ omnia ſunt contrà propriam ſignificationẽ illius copulatiuæ & illius unici uerbi diſpoſitiui. Ex hoc præſuppoſito ſequitur, quo'd in iſta diſpoſitione nõ poterit admitti interpretatio ordinis ſucceſſiui niſi adſit ratio & cauſa, quæ ſit efficax ad effectum, ut in prædictis recedatur a' propria ſignificatione illius copulæ & illius unici uerbi diſpoſitiui.

3 Secundo' aduertendum eſt, quo'd Doct. noſtri enumerant aliquas rationes ſeu cauſas, quas exiſtimant efficaces ad effectum prædictum, uidelicet, ut recedatur a' propria ſignificatione copulæ & illius unici uerbi diſpoſitiui, & inducatur interpretatio ordinis ſucceſſiui. Prima eſt quando non poſſet diſpoſitio eſſe ualida in filiis niſi in caſu, quo non poſſet habere effectum in perſona Titii patris: na'm ex quo ſemper eſt admittenda illa interpre-

tatio

tatio, per quam dispositio remanet firma & ualida etiam contra' propriam uerborum significationem. l. quotiens. infrà de reb. dub. l. quotiens instipulatiõibus. inf. de uerb. oblig. & quia copula resoluitur in disiunctã ubi ponitur inter duo incompatibilia. d. l. si Titio. cum aliis concord. idcirco' ista causa & ratio esset efficax ad hoc, ut admitti debeat interpretatio & sensus ordinis successiui, maximé quia subiecta materia filiorum, qui in casu prædicto non possunt uocari nisi ordine successiuo post patrem, exigit dictam interpretationem, igitur &c. l. si insulam. supra' de præscrip. uerb. l. si uno. supra' locat. Istud exemplificant Doct. in institutione filii & nepotis posthumi ex eo secundum tempus Galli, præsupponentes quòd iure isto digestorum nepos posthumus non posset institui ab auo nisi in casu, quo filius esset prædefunctus in uita patris, uel aliter desiisset esse suus patri testatori. Ego admitto prædictam causam & rationem ueluti efficacem ad hoc, ut accipiatur interpretatio ordinis successiui: sed non admitto exemplum, quia uera est illa opinio, quòd iure isto digest. & tempore Galli posset instituí nepos posthumus & quilibet alius nondum natus etiam ꝙ non esset factus suus, ut diximus supra' in interpretatione legis. Posset quidem exemplificari prædicta causa seu ratio ubi extaret statutum, quòd nepos ex filio non posset institui donec superstit filius, uel ubi extaret statutum, ꝙ pater uel mater non posset instituere filiam donec existit filius masculus: nám in casu huius statuti institutio de filio & nepote, uel de filio masculo & filia esset interpretanda in sensum ordinis successiui, & copula resolueretur in disiunctam, quia militaret prædicta ratio seu causa. Posset etiã forté exemplificari quando pater institueret filium naturalem & legitimum & alium filium naturalem tantùm in eadem oratione: nám quia institutio filii naturalis tantùm nõ tenet nisi in defectum filii legitimi & naturalis. auth. licet. & l. fin. & quod ibi notatur. C. de natural. lib. ob dictam causam institutio filii naturalis intelligi deberet facta ordine successiuo post defectum filii legitimi. Secunda causa seu ratio est quando inter patrem & filium, quos testator instituit concurrit successiua necessitas eos instituendi & ordinata charitas, quæ colligitur ex successiua potestate succedendi ab intestato, quæ in illis existat. Exemplificant in casu quando quis instituit filium & nepotem ex eo: nám quia de præsenti adest necessitas instituendi filium, sed necessitas instituendi nepotem existit solùm in casu, quo deficiat filius: & similiter potestas succedendi ab intestato est quidé de præsenti in filio: sed in nepote nõ existit nisi post defectum filii; idcirco' (secundum Doct.) ob dictam rationem seu causam sumenda est interpretatio, quo'd similiter institutio nepotis intelligatur facta solùm in casu, quo deficiat institutio filii & consequenter ordine successiuo: quia sicut necessitas instituendi est in nepote solùm ordine successiuo, uidelicet, postquam dicta necessitas defecerit in persona filii, & similiter illa potestas succedendi ab intestato auo testatori est in nepote solùm ordine successiuo, uidelicet, postquam desierit esse in filio: ita etiã (secundum eos) sumitur coniectura, quo'd testator uoluerit effectum huius institutionis pertinere ad nepotem solùm ordine successiuo, uidelicet, postquam desierit esse in persona filii. pro qua conclusione póderant tex. in isto §. quidam recté. & ponderant id, quod habetur in. l. peto §. fratre. infra' de leg. ii. & adducunt tex. in. l. cum pater §. pen. eod. tit. de leg. ii. Adducunt etiam illam regulam, quo'd alternatiua fauore filiorum resoluitur in copulam, quam Doct. colligunt ex tex. in. l. generaliter. in principio. C. de instit. & substit. & in. l. lucius. supra' de hæred. instit. & quamuis communiter omnes Doct. admittant istam conclusionem, quo'd prædicta ratio seu causa sit efficax ad effectum, ut sumenda sit interpretatio ordinis successiui cõtra' propriam significationem & naturam copulæ & illius unici uerbi dispositiui: Ego tamen non admitto prædictam conclusioné, sed teneo contrariam, uidelicet, quo'd prædicta ratio seu causa non sit efficax ad hoc, ut recipiatur prædicta interpretatio ordinis successiui. & pro cõprobatione huius nostræ opinionis præmitto, quo'd ad effectum ut propter prædictam rationem seu causam admitti debeat interpretatio ordinis successiui, necesse est, quo'd interueniant duo requisita, uidelicet, quo'd a' testatore fuerit habita consideratio huius necessitatis instituendi & potestatis succedendi ab intestato, quæ concurrit in filio & nepote, quos instituit & quo'd ista præsumptio, quo'd testator habuerit consideratio nem prædictæ necessitatis & potestatis sit efficax ad inducendum, ꝙ testator persumatur uoluisse ꝙ in hac sua institutione seruetur ordo

do ſucceſſiuus inter filium & nepotem contrà propriam ſignificationem copulæ & illius unici uerbi diſpoſitiui. Hoc præſuppoſitum non poteſt habere dubitationem: quoniam ſi non adeſt præſumptio quo'd teſtator in ſua inſtitutione habuerit rationem & conſiderationem de prædicta neceſsitate & poteſtate, nulla ratione poterit inferri, q uoluerit circà iſtam inſtitutionem ſeruari inter filium & nepotem illam ordinem ſucceſſiuum, qui inter eos ſeruatur circa' dictam neceſsitatem inſtituendi & poteſtatem ſuccedendi ab inteſtato. etſi præſumptio quo'd teſtator habuerit conſiderationem dictæ neceſsitatis & poteſtatis non eſſet efficax ad inducendũ, quo'd præſumatur uoluiſſe circa' hanc ſuam inſtitutionem ſeruari ordinem ſucceſſiuum: de neceſsitate ſequeretur, quo'd iſta ratio neceſsitatis inſtituendi & poteſtatis ſuccedendi ab inteſtato non poſſet eſſe efficax ad inducendum interpretationem ordinis ſucceſſiui; ſi igitur demonſtratum fuerit, quo'd in diſpoſitione collata in filium & nepotem non ſolùm alterum ſed utrunque requiſitum deficiat, neceſſariò reſultabit, quo'd concluſio doct. non poſsit procedere, & quo'd omninò tenenda ſit opinio noſtra, quam etiam priùs tenuit Iacob. butrig. quem etiam hic refert Bart.

5 Quo'd autem non ſubſit præſumptio, quo'd teſtator in hac ſua diſpoſitione collata in filium & nepotem habuerit conſiderationem neceſsitatis inſtituendi & poteſtatis ſucceden di ab inteſtato, quæ exiſtat inter eos, eſt indubitatum in diſpoſitione rei particularis per legatum ſeu fideicommiſſum collata in filium & nepotem: na'm cũ circa' rem particularẽ, ſeu circa' diſpoſitionem de re particulari non conſideretur neceſsitas inſtituendi, nec poteſtas ſuccedendi ab inteſtato (cùm ſolùm conſideretur circa' diſpoſitionem iuris uniuerſalis hæreditatis ſeu ſucceſsionis) impoſsibile eſt dicere, quo'd teſtator in iſto ſuo particulari legato uel fideicommiſſo habuerit rationem ſeu conſiderationem dictæ neceſsitatis & poteſtatis; idem dicendum etiam eſt in inſtitutione filii & nepotis quando ipſa inſtitutio non eſt generalis ad quoſcunque nepotes ẽt naſcituros ex dicto filio, ſed limitata ad aliquos tantùm: na'm ex quo prædicta neceſsitas & poteſtas ita militat in illis nepotibus, qui non fuerunt comprehenſi in inſtitutione, quemadmodum in illis, qui ſunt comprehenſi ex hoc quo'd teſtator non uocauit quoſcunque nepotes in quibus concurrat dicta neceſsitas & poteſtas, ſed aliquos tantùm: reſultat quo'd in ſua inſtitutione nõ habuit rationem ſeu conſiderationem prædictæ neceſsitatis & poteſtatis. Idem etiam dicendum eſt quando in illa inſtitutione filii & nepotum ex eo cenſerentur comprehenſi etiam illi nepotes, qui naſcerentur & conciperentur poſt mortem aui; & qui propterea nullo modo nedùm per ſucceſſorium ædictum poſſent ſuccedere auo. Inſtit. de hæred. quæ ab inteſt. §. cùm aũt. l. ſi quis filio exhæredato. in principio ſupra' titu. i. & ibi in ſpecie Bald. & cuman. notant. cum aliis concord. na'm ex hoc quo'd teſtator in iſta ſua inſtitutione uocauit etiam illos in quibus non poteſt conſiderari neceſsitas inſtituendi, nec poteſtas ſuccedendi ab inteſtato, reſultat quo'd nulla ratione teſtator cenſeri poteſt, quo'd habuerit conſiderationem ſeu rationem ordinis dictæ neceſsitatis & poteſtatis, ſeu quo'd uoluerit iſtam ſuam inſtitutionem regulari iuxta' ordinem prædictæ neceſsitatis & poteſtatis: adeò' quo'd cum difficultate poteſt aſsignari caſus, in quo præſumatur teſtatorem habuiſſe conſiderationem. d. neceſsitatis inſtituendi & poteſtatis ſuccedendi ab inteſtato. Quando autem in inſtitutione uel ſubſtitutione poſsint cenſeri comprehenſi nepotes, qui naſcerentur & conciperentur poſt mortem aui, infra' declarabitur. 6 Quo'd etiam præſumptio, quo'd teſtator habuerit conſiderationem dictæ neceſsitatis & poteſtatis non ſit efficax ad inducendum, quo'd teſtator cenſeatur uoluiſſe quo'd in hac ſua diſpoſitione, ſeruetur ordo ſucceſſiuus cõtra' propriam ſignificationem copulæ & illius unici uerbi diſpoſitiui, nullam iudicio meo poteſt habere dubitationem: na'm 7 cùm ſit regula, quo'd propria uerborum ſignificatio oſtendit euidẽtem uoluntatem teſtãtis & quo'd teſtator uoluerit illud, quod propria ſignificatio exprimit. l. continuus §. i. infra' de uerb. oblig. l. in his. ubi etiam Scrib. not. infra'. de cond. quæ regula procedit quãuis illud, quod exprimit propria uerborũ ſignificatio foret in ualidum, ut patet in compendioſa facta filio maiori uel extraneo per uerba directa ciuilia: na'm dicta uerba oſtendunt, quo'd teſtator uoluit facere directam ſubſtitutionem licet directa ſubſtitutio poſt aditam hæreditatẽ non poſsit fieri filio maiori: & idẽ quando cõpendioſa per uerba directa ciuilia fieret pupillo in re certa, ut præſup-

ponunt

ponunt Bart. & alii omnes in. l. cẽturio. in. prima & ſecundæ. q. ſecundæ q. principalis. infrà. de uulg. ſimiliter in datione libertatis facta ſeruo alieno per uerba directa propria ſignificatio uerborũ directorum oſtẽdit euidentẽ uoluntatem teſtantis circá directam libertatem quàmuis libertas directa nõ poſsit dari ſeruo alieno. l. ſi ſeruus legatus §. ſi ſeruus alienus. inf. de leg. i. idcirco ſequitur ꝙ propria ſignificatio copulæ & illius unici uerbi diſpoſitiui in iſta inſtitutione de filio & nepotibus ex eo, oſtendet euidentẽ uoluntatẽ teſtantis, ꝙ nepotes ſimul & æqualiter admittantur cũ filio, & ſucceſsiuè ſequitur ꝙ teſtator nõ cẽſeatur uelle recedere ab illo ſenſu, quem denotat propria uerborum ſignificatio niſi ubi conſtat de euidenti eius uoluntate in contrarium. de quo etiam eſt caſus in illa uulgata. l. nõ aliter. infrà. de leg. iii. nàm ſi euidens uoluntas diſponentis cenſetur eſſe pro illo ſenſu, quem denotat propria uerborum ſignificatio, exigitur etiam euidens uoluntas in oppoſitum, ut ab illo ſenſu recedatur: uerúm cúm ex hac præſumptione, quòd teſtator in hac inſtitutione de filio & nepote conſideraverit neceſſitatem inſtituendi & poteſtatem ſuccedendi ab inteſtato, quæ exiſtat in dictis filio & nepote, non poſsit inferri quód euidens uoluntas teſtantis exiſtat, ut excludatur ſenſus, quẽ denotat propria ſignificatio illius copulæ & illius unici uerbi diſpoſitiui, & quód admittatur alius ſenſus ordinis ſucceſsiui contrà dictam propriam uerborũ ſignificationũ; Igitur & cætera. Et quámuis aliquis poſſet dicere, quòd ſaltem ex prædicta cõſideratione habita per teſtatorem colligatur aliqua præſumptio, ſeu coniectura uoluntatis teſtantis circá ſenſum ordinis ſucceſsiui: tamen dicta præſumptio ſeu coniectura non erit ſufficiens ad hoc, ut recedamus ab illo ſenſu, quem denotat propria uerborum ſignificatio: nàm fortior & potentior eſt illa coniectura uoluntatis, quæ ſumitur ex propria uerborum ſignificatione, quæ ſemper attendi debet niſi adſit euidens probatio contrariæ uoluntatis (ut ſtatim dictum fuit.) Ex prædictis reſultat, quòd iſta noſtra concluſio & opinio contra
8 communem eſt prorſus indubitata. Pro qua etiam facit tex. in. l. codicillis §. inſtituto. infrà. de leg. ii. quem etiam hic allegant Doct. in quantum in eo præſupponitur pro indubitato, quód non accipiatur ſenſus ordinis ſucceſsiui in illa inſtitutione de filio & nepotibus ex eo emancipatis, ſed alius ſenſus quód nepotes ſimul cum filio admittantur: & tamen in filio & nepotibus ex eo concurrit non ſolùm ſucceſsiuè poteſtas ſuccedendi ab inteſtato, ſed etiam ſucceſsiuè neceſsitas inſtituendi: nàm licet nepotes forent emancipati, erant tamen inſtituendi de neceſsitate ad effectum, né mortuo filio in uita aui ueluti præteriti rũpant teſtamentum per cõtratab. de iure prætorio. etſi dicatur quód tex. ille non exprimat formam, qua uſus fuit teſtator in dicta inſtitutione, ſed ſolùm refert, quòd teſtator inſtituit filium & nepotes ex eo emancipatos & ꝙ propterea non poſsit ex illo tex. ſumi argumentum pro noſtra concluſione contrá communem: reſpondetur quód ſaltem non poteſt negari, quin tex. ille præſupponat, ꝙ inſtitutio haberet eundem ſenſum ubi teſtator uſus eſſet illis uerbis, quæ ibi ponuntur in tex. Nec prædictis obſtant ea, quæ adducuntur per doct. pro cõtraria opinione: nàm primó quantum ad tex. in iſto §. quidá rectè. dicitur clarum eſſe, quòd nihil facit iuxtà uerum intellectum ipſius tex. de quo fuit dictũ in interpretatione legis. Præterea dicitur ꝙ nil facit præſupponendo communem intellectum: quoniam deciſio quæ colligitur ex iſto tex. iuxtà intellectum doct. loquitur & procedit præſuppoſita illa opinione, quòd inſtitutio nepotis nondúm nati nõ poſſet aliter eſſe ualida niſi in defectum filii: & ideó in hac deciſione militaret illa prima ratio ſeu cauſa, de qua ſuprá diximus: non autem iſta ſecunda, de qua agitur in præſenti articulo. Quantũ ét ad illam deciſionem, quód in coniunctis per illud nomẽ collectiuũ [familiæ] ex quo ſunt diuerſorum graduum, admittatur ſenſus ordinis ſucceſsiui, quã colligunt doct. ex tex. in. l. cum ita §. in fideicommiſſo. & in. l. peto §. fratre. ff. de leg. ſecundo. dicitur quód prædicta deciſio non procedit ob illam rationem, quia in coniunctis per illud nomen collectiuũ militet ſucceſsiua neceſsitas inſtituendi & ſucceſsiua poteſtas ſuccedendi, ut patet: túm ex eo quia prædicta ratio nõ potuit eſſe in conſideratione in illo fideicommiſſo de re particulari, de quo loquitur tex. in. d. §. fratre. Túm etiam quia dicta deciſio eſt generalis etiam ad caſum quando inter coniunctos per illud nomen collectiuum non militaret neceſsitas inſtituendi, nec poteſtas ſuccedendi ab inteſtato: uerúm illa deciſio procedit ob aliam rationem, de qua inferiús dicetur.

Quantum

Quantum uero' ad illud, quo'd in casu.l. cum pater §. penul. ff. de lega. 2. uidelicet, quo'd alternatiua posita inter personas honoratas non assumit naturam & uim copulæ, prout regulariter solet assumere. l. fina. C. de uerbo. signifi. dicitur quo'd istud non causatur in casu illius tex. propter illam rationem, quam arbitratur Bart. uidelicet ob id, quia in coniunctis militet uel necessitas instituendi, seu ordo naturalis charitatis & affectionis: uerum causatur ob aliam rationem, uidelicet, quia in casu illius tex. expresse' constat quo'd testator uoluit esse ordinem successiuum inter filios mariti positos in prima parte illius alternatiuæ & reliquas personas positas in aliis partibus eiusdem alternatiuæ: nam ex hoc colligitur, quo'd testator uoluit esse eundem ordinem successiuum inter alias personas positas in aliis partibus alternatiuæ inter seipsas. Vna enim pars alternatiuæ solet per aliam declarari. l. i. & ibi notatur infra'. de reb. dub. & una pars testamenti per aliam. l. qui filiabus in principio. infra'. de leg. i. & est aduertendum quo'd in. d. §. penul. præsupponitur, quo'd non attendatur ordo charitatis uel affectionis naturalis: nam attento dicto ordine in casu illius tex. prius essent admittendi propinqui uxoris testatricis, quam proquinqui mariti, & attento ordine scripturæ, quem tex. ille uult quo'd debeat attendi, prius admittuntur propinqui mariti, qui prius fuerunt nominati. Minus etiam obstat tex. in §. instituens. infra'. ead. l. quia (ut fuit declaratũ in interpretatione legis) in tex. illo non ponitur illa decisio, quo'd institutio posthumi debeat cẽseri limitata ad casum, in quo de necessitate debuisset institui, & in quo uti præteritus rũperet testamẽtũ, ut arbitrantur doct. sed ponit aliam decisionem (ut in illo tex. fuit declaratum.) Quo'autem ad illud argumentum, quo'd sicut fauore filiorum alternatiua solet resolui in copulam. d. l. generaliter. in principio. d. l. Lucius. ita etiam in hac institutione de filio & nepote fauore filii magis coniuncti & prædilecti, copula debet resolui in disiunctam: est aduertendum primo' quo'd
10 nullibi probatur ista regula, quo'd alternatiua simplici fauore filiorum resoluatur in copulam, nec hoc præsupponitur in. d. l. generaliter in principio: ex quo Decisio illius tex. non procedit ob illam rationem, quia fauore filiorum alternatiua resoluatur in copulam: sed ob aliam rationem, uidelicet, quia ille conditiones negatiuæ intelliguntur alternatiue' adiectæ ad reuocationem fideicommissi, non autem ad existentiam fideicommissi. ut per nos declaratum fuit in. l. hæredes mei §. cum ita. nume. 103. & seq. infra'. ad Trebel. & similiter in casu. d. l. Lucius. infra'. de hæred. institu. alternatiua non resoluitur in copulam propter fauorem filiorum, sed ob illam rationem: quia si permaneret in sensu alternatiuæ altera pars ipsius alternatiuæ redderetur superflua & elusoria. (ut etiam per nos declaratum fuit in. d. §. cum ita.) Vlterius est aduertendum, quo'd etiam præsupponendo quo'd fauore filiorum in casu. d. l. generaliter. &. d. l. Lucius. alternatiua resoluatur in copulam: nõ tamen ex hoc posset inferri, quo'd in hac institutione filii & nepotis fauore filii simpliciter & indistincte' copula esset resoluenda in disiunctam: quoniam hæc inter se plurimum differunt: nam in casu. dd. ll. euidenter apparet, quo'd sicut illa conditio. si sine filiis. fuit adiecta in fauorem filiorũ, quia testator uoluit ipsos præferre substituto, & ad hoc, ut per eorum existentiam substitutus excludatur. (ut dicitur in. d. l. Lucius & in. l. filiusfamilias §. cum quis. infra'. de leg. i.) ita etiã ille aliæ conditiones negatiuæ adiectæ ultra' illam conditionem. si sine filiis. censentur adiectæ ita ut nõ pertineant ad præiudicium dictorum filiorum, qui sunt positi in conditione, nec ad impediendum, quin per eorum existentiam excludatur substitutus: Verum si illa alternatiua retineret propriam naturam sufficeret ad hoc, ut substitutio procederet quo'd extaret una ex aliis conditionibus quámuis deficeret illa, si sine filiis. quia hæres grauatus decederet cum filiis, & consequenter aliæ conditiones pertinerent ad præiudicium filiorum, qui sunt positi in conditione & ad impediendum, ne' possint per eorum existentiam excludere substitutum & non posset resultare effectus ille, quem uoluit testator: idcirco' ad effectum, ut possit resultare ille effectus, quem testator uoluit dicta alternatiua debet resolui in copulam: nam ex hoc fit quo'd dictæ conditiones omnes debent purificari, ita quo'd sola existentiã filiorum excludat substitutum; quæ ratio non militat in hac institutione de filio & nepote: quo?

niam non apparet, quo'd adiectio nepotis fuerit facta contemplatione & fauore filii, ita ut non posſit in eius præiudicium
11 redundare. Bene' fateor, quo'd ſicut in caſu dictarum.ll. alternatiua reſolui debet in copulam quando aliter non posſit induci effectus, quem uoluit teſtator & reſultaret effectus cnotrarius: ita etiam poſſet inferri, quo'd ubi conſtaret in hac inſtitutione de filio & nepote, nepotem fuiſſe adiectum contemplatione & intuitu ipſius filii & ad eius commodum & fauorem, quo'd tunc copula eſſet reſoluenda in alternatiuã & admittenda interpretatio ordinis ſucceſſiui (quia iuxtà iſtam interpretationem adiectio nepotis non redundaret ad incommodum filii:) non autem eſſet recipienda interprrtatio, quo'd nepos ſimul cum filio admittatur: quia iuxtà iſtam interpretationem adiectio nepotis redundaret in præiudicium filii, ex quo nepos faceret partem
12 filio & ab illo partem auferet. (ut etiam infrá declarabitur.) Ex prædictis etiam reſultat, quo'd illa ratio ordinatæ charitatis ſeu naturalis affectionis inter nominatum & eius filios, quæ colligitur ex ſucceſſiua poteſtate ſuccedendi ab inteſtato illi teſtatori exiſtenti in illo nominato & eius filiis non poteſt eſſe ſufficiens ad effectum, ut admittatur interpretatio ordinis ſucceſſiui in illa diſpoſitione, in qua talis nominatus & eius filii coniunguntur per copulam (pro ut etiam firmant communiter doct. hic) nám ſi non eſt ſufficiens.d.ratio quando ultrà ipſam concurrit alia ratio neceſſitatis inſtituendi (ut ſtatim dictum fuit) multo' minus per ſe ſola, non concurrente.d. alia ratione, poterit ſufficere ad prædictum effectum. Et quàmuis Bart. hic, quem etiam aliqui ſequuntur tenuerit, quo'd ſola ratio ordinatæ charitatis ſeu naturalis affectionis ſufficiat ad inducendum interpretationem ordinis ſucceſſiui inter nominatum & eius filios: tamen iſta ſua opinio nullo modo poteſt procedere per ea, quæ ſtatim dicta fuerunt. Et licet aliqui pro opinione Bart. conſiderant illam rationem, quo'd teſtator in dubio præſumatur uoluiſſe conformare diſpoſitionem ſuam cum diſpoſitione iuris communis & præferre eos, qui in ſucceſſione inteſtati de iure communi præferuntur.
13 (iuxtá regulam, de qua per Bart. Ang. Raph. Alex. & alios in.d.l. hæredes mei §. cum ita. infrà ad treb. cum pluribus aliis concord. de quibus per Rip. ibi nume. 74.) tamen prædicta regula nihil facit: quoniam procedit ſolùm in dubio, non autem quando propria ſignificatio uerborum oſtendit euidentem uoluntatem teſtantis in contrarium, pro ut contingit in caſu huius inſtitutionis, in quo propria ſignificatio illius copulæ & illius unici uerbi diſpoſitiui demõſtrat, quo'd teſtator uoluit uocare nepotem ſimul cum filio, non autem poſt defectum filii.
14 Vltima ratio ſeu cauſa eſt quando conſtat filios illius nominati fuiſſe poſitos in diſpoſitione ſolùm contemplatione & intuitu patris ſui nominati. Et quàmuis doct. non conſiderauerint iſtam rationẽ: attamen iudicio meo non poteſt in dubium reuocari; quin hæc ratio ſit efficax ad hoc, ut admittatur interpretatio ordinis ſucceſſiui contrà propriam ſignificationem illius copulæ & illius unici uerbi diſpoſitiui: quoniam ſi conſtat quo'd teſtator adiecit iſtos filios in diſpoſitione unà cum eorum patre nominato ſolùm contemplatione & intuitu. d. patris, utique conſtabit etiam, quo'd fecit adiectionem filiorum in illum ſenſum, ut per illam non inferatur præiudicium dicto eorum patri cùm ad eius commodum facta fuerit; & conſequenter conſtabit, quòd non fuit facta in illum ſenſum, ut tales filii ſimul cum eorum patre admittantur: ex quo iuxtà iſtum ſenſum adiectio filiorum redundaret in præiudicium patris: nám haberet ſolùm partem ubi ſine adiectione filiorum habuiſſet totum: & neceſſario' conſtabit etiam, quo'd adiectio filiorum fuit facta in ſenſum ordinis ſucceſſiui: quia iuxtà iſtum ſenſum non poteſt redundare in præiudicium eorum patris, ſed ſolùm ad ipſius commodum. Non enim poteſt pertinere ad incommodum patris, quo'd diſpoſitio quæ non poteſt habere effectum in perſona ſua habeat effectum in perſonis filiorum ſuorum. Nec in caſu iſto obſtabit propria ſignificatio illius copulæ & illius unici uerbi diſpoſitiui: quoniam ab illa receditur quando conſtat de euidenti uoluntate diſponentis in oppoſitum, de qua conſtat in caſu huius rationis.d.l. non aliter. ff. de leg. iii. cum aliis concord. In ſimili uidemus, quo'd alternatiua reſoluitur in copulam quãdo iſtud eſt neceſſarium ad effectum, né id quod

fuit

fuit adiectum in fauorem unius redundet in eius incommodum & præiudicium (ut statim dictum fuit circa tex. in. d.l. generaliter. & d.l. Lucius.) & quia etiam habemus regulam, quod ex euidenti mente testantis copula resoluitur in disiunctam: quam præsuppo nunt omnes doct. hic; & tradit Alexan. consil. 130. attentis uerbis. in 2. & Ruin. consi. 20. nume. 15. in 2. Soci. iun. consi. 145. in tertio. Accedit quia propria materia adiectionis filiorum, quam constat factam contemplatione eorum patris & ad eius fauorē & commodum suadet istam interpretationem ordinis successiui: undé sequitur quod ista interpretatio sit attendēda ēt contrà propriam significationem illius copulæ & illius unici uerbi dispositiui: quoniam regula est, quod potius attendi debeat interpretatio, quam suadet subiecta materia, quam interpretatio, quam suadet propria uerborum significatio. l. si insulam. supra de præscript. uerb. l. si uno. supra locat. Et ista ratio seu causa procedit generaliter in quacunque dispositione ultimæ uoluntatis nulla habita distinctione, an agatur de liberis uel descendentibus testatoris, uel aliis suis trāsuersalibus, uel de omnino extraneis: quia in quacunque dispositione sumetur interpretatio ordinis successiui quotiens constabit, quod filii & descendentes alicuius nominati sint adiecti in dispositione solum intuitu & contemplatione patris sui, cum quo in ipsa dispositione fuerunt coniuncti per copulam. & stante prædicta conclusione sequitur, quod resolutio huius principalis quæstionis, (uidelicet, an in dispositione ultimæ uoluntatis, in qua coniunguntur per copulam aliqui nominati & eius filii sumi debeat interpretatio ordinis successiui, an uerò quòd filii simul & æqualiter cum patre admittantur) tota consistit in declarādo quibus casibus constabit filios & descendentes fuisse adiectos in dispositione intuitu & contemplatione patris, & quibus casibus non cōstabit: quia primo casu sumetur interpretatio ordinis successiui, secus in alio casu. Circà quā difficultatem distinguendo, constituo duas conclusiones, quæ iudicio meo probabiliter
15 in dubium reuocari non possunt. Prima est, quod quotiens illa dispositio ultimæ uoluntatis, in qua per copulam coniunguntur pater & eius filii seu descendentes, non est generalis ad quoscunq; filios etiam nascituros, sed limitata ad aliquos tantùm. puta. nominatos sub singulari nomine, uel ad eos, qui tunc nati essent, uel ad eos qui tunc extarent in utero: hoc casu nō constabit filios fuisse adiectos in dispositione solùm intuitu & contemplatione patris, & consequenter in hac dispositione non est admittenda interpretatio ordinis successiui. Hæc conclusio euidenter probatur ex pluribus. & primò quia cùm testator non uocauerit omnes filios, sed aliquos tantùm, uerisimile est quòd fuerit motus ob aliquam rationem, quæ respiciat illos, quos uocauit: non autem alios, & consequenter q eos non uocauit propter illam rationem solam, quia existat filius illius quem nominauit, ex quo si motus esset ob istam rationem uocasset quoscunque filios illius nominati: ex quo ratio contemplationis & intuitus illius patris respicit quoscunque eius filios tàm natos, quàm etiam nascituros. Secundò quia cùm possibile sit, quòd testator uocauerit illos filios, quos singulariter enumerauit, uel qui iàm nati seu concepti forent contemplatione propriæ corū personæ uel matris suæ, ex qua generati fuerint: idcirco non pōt constare, quòd tales filii fuerint uocati solùm intuitu & contemplatione patris per regulam, de qua in l. neq; natales. C. de prob. & in. l. nō hoc. C. undé legit. Tertiò probatur, quia omnia illa iura, in quibus præsupponitur, quòd non admittatur interpretatio ordinis successiui in dispositione in qua per copulam coniunguntur nominatus & eius filii loquuntur in terminis huius conclusionis. Istud patet in casu. d.l. codicillis §. instituto. infrà. de legat. secundo. illa enim institutio fuit de filio & nepotibus ex eo emancipatis, quæ non est generalis ad quoscunq; nepotes etiam nascituros ex dicto filio, sed limitata ad eos qui erant emancipati: & ideò non potest cōstare, quòd testator uocauerit illos nepotes solùm contēplatione & intuitu filii sui, & ideò non recipitur sensus ordinis successiui inter filium & nepotes. Similiter illa substitutio de illa Alterocha filia & Sobole, quam gestabat in utero, de qua in. d.c. Rainutius. de testamen. est limitata ad Sobolem quam dicta filia gestabat in utero: non autem generalis ad quoscunque filios natos uel nascituros ex dicta filia: & ideò non potest constare quòd uocauerit Sobolem suam solùm contemplatione & intuitu matris. potuit enim illam uocare uel ob id, quia foret concepta á tali patre, uel ob id, quia primogenita,

uel ob aliam particularem rationem : & propterea in dicta institutione non admittitur sensus ordinis successiui(ut ibi dicitur.) Similiter illa institutio de patruo & filiis eius in casu.c. rainaldus.de testamen. fuit limitata ad filios, qui tunc nati erant: non autem est generalis ad quoscunque etiam nascituros, undè non potest constare quo'd illos uocauerit solùm contemplatione & intuitu eorum patris,& consequenter cessat interpretatio ordinis successiui(ut præsupponitur in.d.tex.) Nec iste intellectus(quo'd institutio in casu.d. c. Rainaldus.fuerit limitata ad aliquos filios illius patrui singulariter enumeratos, uel ad eos qui tunc nati forent)potest dici diuinatiuus:quoniam colligitur ex his, quæ ponuntur in tex. dùm præsupponit quo'd institutio fuerit de illis filiis,contra' quos & eorum patrem fuerat directa petitio per auunculos aduersantes & in quorum filiorum & patris sui fauorem fuit lata sententia: & quia dicta petitio non potuit dirrigi nisi contra' illos filios, qui tunc extabant & facti fuerunt hæredes,& de illis tantùm potest intelligi sententia, infertur, quo'd præsupponit illam institutionem comprehendere solùm illos filios patrui,qui tunc nati essent: non autem quoscunq; alios, qui nondùm nati essent. & hæc conclusio iudicio meo generaliter & indistinctè procedit licet inter nominatum & eius filios militaret illa causa seu ratio necessitatis instituendi & potestatis succedendi ab intestato, quæ foret in filiis successiuè post patrem non simul cũ patre:ex quo(ut supra' dictum fuit) ista sola causa & ratio non est efficax ad hoc, ut recipiatur interpretatio ordinis successiui contra' propriam significationem copulæ & illius unici uerbi dispositiui ubi non constat filios fuisse uocatos solùm intuitu & contem-
16 platione eorum patris. Secunda conclusio est,quo'd ubi dispositio ultimæ uoluntatis,in qua coniunguntur per copulam pater & eius filii, est generalis ad quoscunque filios ta'm natos,qua'm nascituros tũc constabit filios fuisse adiectos solũ contemplatione & intuitu patris,& consequenter quo'd sit admittendus in prædicta dispositione sensus ordinis successiui. Primum membrum huius conclusionis non potest habere dubitationẽ: na'm ex quo testator uocauit quoscunque filios etiam quos non nouit & qui nondũ nati sunt,erga quos non potest habere aliquam affectionem nisi contemplatione & intuitu eorum patris & uocauit quoscunq;, qui sunt uel erunt filii,& in quibus concurrit ratio & causa filiationis illius nominati: de necessitate ex prædictis constabit, quo'd illos uocauit ob dictam rationem : quia sunt filii illius nominati & illius contemplatione & intuitu:nõ autem contemplatione uel intuitu propriæ personæ ipsorum filiorum. Aliud etiam mẽbrum huius conclusionis,uidelicet, quo'd in casu isto sit admittenda interpretatio ordinis successiui non potest habere dubitationem, & probatur ex his, quæ supra' adducta fuerũt ad probandum,quo'd ista ratio seu causa(quia constat filios fuisse adiectos solùm contemplatione & intuitu eorum patris)est efficax ad hoc, ut inducatur prædicta interpretatio ordinis successiui contra' propriam significationem copulæ & illius unici uerbi dispositiui:& iudicio meo ista conclusio procederet qua'muis pater & filii essent coniũcti in dispositione per dictionem [cum] & etiam per illam dictionem [una'] nam etiam in casu isto potiùs attendi deberet sensus ordinis successiui,quem suadet subiecta materia adiectionis filiorum factæ contemplatione patris & in eius fauorem,qua'm alius sensus,quem suadet propria significatio illius dictionis [cum si-
17 mul & una'.] Nec contra' prædictam conclusionem obstat tex in.l.fin.c.de impub.quia pro solatione & intelligentia ipsius est aduertendum, quo'd tex. ille ponderat quidem q illa coniunctio fuerat facta per illam dictionem[una' cum filiis] ad illum effectum,ut filii intelligantur coniuncti in eadem portione cum Titio patre in illa institutione, in qua testator dixit. Titius una' cum filiis & Seius hæredes sunto. sed non ponderat ad illum effectum, ut non admittatur sensus ordinis successiui inter Titium & eius filios:& ideò non potest colligi ex illo tex. quo'd in casu illo esset admittenda interpretatio ordinis successiui si Titius & eius filii forent cõiuncti solùm per simplicem copulam. Quinimo' dùm tex. ille a' contrario sensu uidetur uelle,quo'd si dictum esset. Titium & eius filios & Seium instituo. quo'd filii Titii non censerentur coniuncti in eadem portione cum Titio patre, sed ad diuersam portionem,prout ibi intelligit glos.fin.in prima solut. quam dat ad.l. si Titio.supra' de usufruct.accresc. pro quo etiã facit,quia decisio.d.l. non haberet probabilẽ rationem dubitandi in illo casu quando dictum fuit. Titius una' cum filiis & Seius hæ-

redes

ædes sunto. si idem esset ubi dictum foret. Titium & filios & Seium instituo. & posito quòd tex. istud uelit, necessariò resultaret q̃ in dicto casu quando dictum foret. Titium & eius filios & Seium instituo. non recipiatur sensus ordinis successiui inter Titium & eius filium: ex quo ordo successiuus non potest considerari quando pater uocatur ad unã portionem, filii uerò ad aliam: & hoc modo inducendo, tex. ille prima facie uidetur obstare contrà prædictam conclusionem: quia intelligẽdo quòd institutio in casu d.l. finalis. esset generalis ad quoscunque filios Titii etiam nascituros: præsupponeret tamen quòd non esset admittenda interpretatio ordinis successiui ubi dictum esset. Titium & eius filios & Seium instituo. Tamen pro solutione dicendum esset, quòd tex. ille loquitur quando cũ illis patre & filiis in eadem dispositione est coniunctus alius tertius: sed conclusio nostra procedit & loquitur quando nullus alius tertius fuit coniunctus cum patre & filiis in ea
18 dem dispositione. Et ratio differentiæ est, quia in primo casu quando cum patre & filiis coniungitur alius tertius in eadem dispositione potest solùm cadere dubitatio, an pater & filii censeantur coniuncti in eadem portione: non autem an inter patrem & filios sit admittenda interpretatio ordinis successiui (ut præsupponitur in d.l.fin.) & istud duplici ratione. Prima est quia sicut dicta interpretatio ordinis successiui nõ potest attendi quòad illam partem copulatiuæ, per quam coniungitur Seius: igitur nec etiam debet attendi in illa parte copulatiuæ, per quam coniunguntur Titius & eius filii. una enim pars copulatiuæ debet per aliam declarari, sicut diximus de alternatiua. l.i. infrà de reb. dub.

Secunda ratio est, quia dicta interpretatio ordinis successiui inter Titium & eius filios nõ pertinet ad commodum & fauorem Titii patris, cuius contemplatione eius filii censerentur adiecti in dispositione, sed potiùs ad commodum & fauorem illius Seii. Declaro. si dictum esset. Titium & eius filios & Seiũ instituo. Si sumeretur. d. interpretatio resultaret q̃ Titius & eius filii uiderentur uocati ad unam dimidiam & Seius ad aliam: quia dicta interpretatio non potest militare nisi in casu quãdo pater & filii censerentur uocati ad eãdem rem seu portionem (ut statim dictum fuit,) & istud non esset ad commodum Titii patris, sed illius Seii: ex quo cessante sensu ordinis successiui inter Titiũ & eius filios in isto casu (quãdo coniunctio est per simplicem copulã) Seius intelligeretur uocatus ad suam tertiã, Titius ad aliam tertiã, & filii ad aliam tertiam, uel omnes ad suã uirilem. ut præsupponit tex. in. d.l. fin. & fusiùs fuit declaratũ in. l. re cõiuncti. infrà. de leg. iii. Quæ rationes cessant ubi cum patre & filiis in eadem dispositione nullus alius est coniunctus: & ideò in hoc casu potest procedere præsens quæstio, an inter patrem & filios admittẽda sit interpretatio ordinis successiui, quæ tamen quæstio (ut dixi) non potest considerari ubi cum patre & filiis in eadem dispositione sit cõiunctus alius tertius per copulam: ex quo in isto casu clarũ est, q̃ cessaret interpretatio ordinis successiui inter patrẽ & filios propter prædictas rõnes.

19 Nec etiam contrà prædictam conclusionem obstat tex. in. l. si mulieri cum liberis. suprà de usufruct. accres. quia pro solutione dico eũ ad uertendum, quòd ratio propter quam in casu illius tex. in illo legato ususfructus relicto mulieri & liberis suis non admittatur interpretatio ordinis successiui inter mulierem & eius filios, non est ob id, quia coniunctio fuerit facta per dictionem [cum] ut arbitrantur Bart. & alii hic: sed ob id, quia sumus in relicto ususfructus, in quo interpretatio ordinis successiui inter mulierẽ & eius filios operatur, q̃ legatũ non potest peruenire ad filios nisi cum magna diminutione: nam operatur, q̃ legatum ususfructus non possit peruenire ad filios pro toto tẽpore à die, uidelicet, mortis testãtis usque ad obitum filiorum, sed solũ à morte matris usq; ad eorum obitum. & ista rõ cum qua etiam concurrit propria significatio copulæ & illius unici uerbi dispositiui sufficit ad excludendũ interpretationem ordinis successiui etiam q̃ illa dispositio in qua cõiungũtur pater & filii sit generalis ad quoscunq; filios etiam nascituros; quæ ratio cessat in legato proprietatis, in quo per copulam sunt coniuncti pater et filii: quia interpretatio ordinis successiui nõ impedit quin in defectũ patris totũ legatum deueniat ad eius filios sine aliqua diminutione. Non ommitto q̃ etiã tex. ille probabiliter potest intelligi quòd loquatur de liberis ipsius testatoris ex illa muliere: tùm quia loquitur etiam in casu, quo dicti filii fuissent instituti ab ipso testatore: tùm quia illud uerbum [cum liberis suis] ita potest intelligi de liberis testatoris, sicut de liberis ipsius mulieris. & stante isto intellectu resultaret

taret alia ratio quare non esset admittenda interpretatio ordinis successiui inter dictam mulierem & eius liberos, ista uidelicet, quia dicta dispositio non esset generalis ad quoscunque filios illius mulieris, sed limitata ad illos filios, quos suscepisset ab ipso testatore: quo casu (ut dictum fuit supra') non posset constare quod filii sint adiecti sola contemplatione & intuitu. d. mulieris: sed potius ob id quia essent proprii filii testatoris, & idcirco cessat interpretatio ordinis successiui: quia in casu isto militat & procedit prima conclusio, de qua supra. potest etiam dici quod ideo in casu d.l.si mulieri. cessat interpretatio ordinis successiui, quãuis præsupponamus q̃ ille tex. non loquatur de liberis testatoris: quia dicta dispositio non potest intelligi de quibuscunque liberis ipsius mulieris etiam nascituris sed solum de iam natis: & ideo loquitur non in terminis huius secundæ conclusionis, sed in terminis primæ. Ratio autem quare non potest intelligi de liberis nascituris, sed solum de iam natis ea est, quia legatum usufructus multiplicaretur intelligendo etiam de liberis nascituris: quo casu nunquam appellatio filiorum inde finita intelligitur de nascituris, sed solum de iam natis, ut dicetur in sequenti quæ
20 stione. Distinguendo igitur circa prædictam quæstionẽ, an sit admittenda interpretatio ordinis successiui inter patrem & filios concludendum est, quod ubi dispositio non poterat aliter esse valida in filiis nisi in casu quo non haberet effectum in persona patris, et tunc admittitur interpretatio ordinis successiui: nam militat prima ratio & causa supra' considerata: in casu uero in quo posset esse valida in filiis etiam q̃ haberet effectum in persona patris concludendum est, quod si cum patre & filiis sit in eadem dispositione coniunctus alius tertius per copulam, nunquam procedit interpretatio ordinis successiui inter patrem & eius filios per ea quæ dicta fuerũt supra circa intellectũ tex. in. l. fin. C. de impub. in casu uero in quo cum patre & filiis nõ sit coniunctus alius tertius in eadem dispositione, procedit generaliter prædicta distinctio quod si dispositio sit generalis ad quoscunque filios etiam nascituros, & tunc admittenda est ista interpretatio ordinis successiui: sed si dispositio non sit generalis ad quoscunque filios, sed limitata ad aliquos, tunc cessabit dicta interpretatio & admittetur alia, q̃ filii intelligantur simul cum patre uocati; & cum prædicta distinctione concordat iudicio meo decisio Alex. consi. 13. in 4. dum concludit quod in illa dispositione ultimæ uo-
21 luntatis, in qua coniunguntur per copulam pater & eius filii intelligatur ordo successiuus si actum esset etiam de filiis, qui nondum essent nati, & qui conciperentur postquam euenisset casus fideicommissi: nam uidetur exigere, quod dicta dispositio debeat esse generalis ad quoscunque filios. Videtur etiam concordare alia decisio eiusdem Alexan. consi. 14. in 4. ubi concludit, quod inter patrem & filios coniunctos per simplicem copulam in dispositione ultimæ uoluntatis accipiẽdus sit sensus ordinis successiui quãdo actum fuit de filiis indefinite, non autem de certis & notis filiis; nã uidetur uelle, quod ad hoc, ut debeat admitti interpretatio ordinis successiui exigatur quod fuerit actum de quibuscunque filiis etiam nascituris, secus autem si de aliquibus tantum; & ita intelligendo suã decisionem concordaret cũ hac nostra distinctione. Nec contra dictam suam decisionem obstaret tex. in. cap. Rainutius & in cap. Rainaldus. de testam. propter quæ iura Soci. & Alexandri. hic cart. 7. colum. ii. reprobant prædictã opinionem. Alex. quia ut dictum fuit supra') in casu d.c. Rainutius. substitutio fuerat limitata ad Sobolem, quam illa filia testatoris gestabat in utero, quæ licet non esset certa quo ad id, an esset uel non esset nascitura: est tamẽ limitata & certa uel quo ad primogenituram, uel quo ad illam personam, ex qua filia illam sobolem conceperat in utero. Quæ rationes (ut supra dictum fuit) efficiunt quõd non potest constare dictam sobolem fuisse adiectam in substitutione tantummodo contemplatione & intuitu filiæ testatoris: & cum prædicta distinctione uidetur etiam concordare alia decisio eiusdem Alexandri in. d. consi. 14. dũ concludit quod intelligatur ordo successiuus ubi testator instituit fratrem filios & nepotes: ex quo uidetur actum in ista institutione de quibuscunque fillis & nepotibus fratris ẽt nascituris, & institutio est generalis ad quoscunque filios & nepotes fratris etiam nascituros. Et quamuis Ang. consi. 37. & sequenti & Soci. consi. 113. colum. i. & ii. in primo. tenuerint oppositum, uidelicet, quod in ista institutione de fratre, filiis, & nepotibus non admittatur sensus ordinis successiui, sed alius quod simul & æqualiter intelligantur uocati: tamen opinio istorum non poterit procedere

dere nisi in casu quo dicta institutio cẽseretur limitata ad aliquos filios uel nepotes fratris: non autem in casu, quo intelligeretur esse generalis ad quoscunque etiam nascituros: quia in casu isto absque dubio procederet decisio Alexan. (ut patet ex prædictis.) & cum prædicta distinctione nostra uidetur etiam concordare decisio. Decii consi. 253. ad fin. dum concludit, q̃ in institutione de fratre & filiis suis intelligatur ordo successiuus quo' ad uulgarem præsupposito, quo'd frater tempore testamenti non haberet filios. quam decisionem sequitur etiam Alexandri. hic cart. 8. colum. i. nam intentio ipsorum fuit dicere, quo'd ex quo in casu prædicto institutio intelligitur generalis ad quoscunque filios fratris, non autem limitatè ad eos qui ia'm nati essent, ex quo tunc nullos filios habeat; quo'd ideo' admittendus sit sensus ordinis successiui. eadem distinctio seruanda est in institutione de fratre & liberis eius, quia si intelligetur generalis ad quoscunque liberos fratris etiam nondum natos admittendus esset sensus ordinis successiui. ut tenuerunt Cuman. & Soci. hic. ubi uero' non intelligeretur generalis ad quoscunque liberos, sed limitatè ad eos, qui tunc nati essent, minimè admittenda foret interpretatio ordinis successiui. ut tenuerunt Deci d. consi. 253. & Alexãdrinus. cart. 7. col. 3. & iiii. Nec in casu isto obstat ratio considerata per Cuman. & Soci. uidelicet, quòd sicut intelligitur ordo successiuus quo' ad ipsos liberos inter se: ita ẽt inter fratres & eius liberos: tum quia dicta ratio non concludit. ut dicit Deci. in. d. consi. 253. tùm quia non est uerum, quo'd inter liberos quo' ad se intelligatur ordo successiuus quãdo institutio censetur limitata ad illos, qui tunc nati forent, & non intelligitur de nascituris (ut
23 infra' declarabitur.) Aduertendum tamen est ad unum quo'd licet aliqui (quos refert & sequitur Alexandrinus hic) tenuerint, quo'd ordo successiuus inter fratrem & filios nascituros habeat istum sensum, ut priusqua'm nascantur filii frater consequatur totum relictum, sed quo'd natis ex eo filiis frater illico' teneatur eis restituere partem suam; Attamen ista opinio nullo modo potest procedere, uerùm in casu isto ordo successiuus debet intelligi in istum sensum, ut filii fratris non intelligantur uocati nisi in casu quo dispositio non posset habere effectum in persona fratris: ita q̃ filii fratris perpetuo' remaneant exclusi statim quo'd dispositio habuit effectum in persona fratris. pro quo facit concludens ratio, quoniam intelligendo in eum sensum, quo'd filii facerent partem patri suo, illico' q̃ essent nati adiectio filiorũ, quæ in casu isto intelligeretur facta contemplatione & intuitu eorum patris redundaret in ipsius patris incõmodum & præiudicium: quoniam statim natis ex se filiis teneretur illis restituere partem suam: igitur ordo successiuus non poterit intelligi in istum sensum. per ea quæ suprà dicta fuerunt. Accedit etiam, quia iuxtà prædictum sensum induceretur unum absurdum, uidelicet, quo'd frater posset retrahi à studio generationis filiorum uidens, quo'd statim natis filiis passurus foret istud præiudicium, quo'd illico' teneretur dictis filiis restituere partem illius relicti, quod antea insolidum fuisset consequutus, & insolidum retineret si nulli sibi nascerentur filii. Idem uidemus in simili, quo'd propter euitandum istud absurdum in donatione inter uirum & uxorem non intelligitur actum, quo'd per dispositionem. l. si unquam. C. de reuoc. don. per superuenientiam filiorum ex ipsis Iugalibus possit reuocari donatio. ut firmant plures doct. quos refert Rip. in. d. l. si unquam q. xxii. quod etiam uidetur actum in pacto de lucrando dotem. l. unica. C. si dos const. matrimo. & alia's fuit per nos declaratum in rub. ff. solu. matri. Præterea iuxta' prædictũ sensum sequeretur quo'd istud relictũ, quod est unum in fratre & eius filiis diuersis temporibus cederet: na'm quo' ad fratrem cederet statim in morte testantis: quo' uero' ad eius filios solùm cederet quando ipsi nascerentur. & hoc est contra' regulam, quo'd uni cum legatum nõ potest diuersis temporibus cedere. l. cum in annos. & duabus sequẽtibus. l. si ususfructus. infra' quando dies leg. ced. declarat Bart. in l. cum illud aut illud. eo. titu. quemadmodum stipulatio semel commissa non potest amplius committi. l. si quis stipule
24 tur. inf. de uerb. oblig. Et ista distinctio (an dispositio sit generalis ad quoscunque filios fratris uel alterius extranei nominati, an uero' limitata ad aliquos, ut in primo casu admittatur sensus ordinis successiui, sed non admittatur in secundo casu) procedit etia'm in casu quo mentio filiorum fuisset præposita, non autem postposita: quia dictum esset. instituo uel substituo filios fratris & ipsum fratrem, uel filios Titii & ipsum Titium. na'm quãdo dispo-

dispositio est generalis ad quoscunque filios etiam nondum natos, nec conceptos præposteratio prædicta non impedit, quin constet filios fuisse adiectos contemplatione patris ipsorum: & ideo non poterit impedire istum sensum ordinis successiui, quem suadet subiecta materia adiectionis filiorum facta contemplatione patris ipsorum. d. l. si insulam. ff. de præscrip. uerb. nam præposteratio ordinis in scriptura non impedit illum sensum, quem suadet subiecta materia negotii seu personarum, de quibus agitur. ut colligitur ex decisione Bald. post glo. ibi. in. l. omnes. C. de delator. lib. x. qui determinat, quod licet statutum imponat pœnam amputationis capitis & lin
25 guæ: attamen illa præposteratio ordinis in scriptura nõ impedit interpretationem, quẽ suadet subiecta materia, uidelicet, quod prius amputetur lingua deinde caput. & in his terminis procedit opinio Bart. & aliorũ doct. communiter hic, qui non obstante dicta præposteratione admittunt interpretationẽ ordinis successiui: sed in alio casu quando dispositio foret limitata ad aliquos filios non admitteretur interpretatio ordinis successiui, & procederet opinio Ange. qui absolutè reiicit dictam interpretationem ubi adest præposteratio prædicta: nam (ut dictum fuit supra) cessaret in casu isto interpretatio ordinis successiui etiam quod adiectio filiorum
26 foret postposita. Quid autem in casu, quo dictum esset. Instituo Titium & eius filios & hæredes. Bart. et communiter alii hic concludunt, quod absque dubio foret admittenda interpretatio ordinis successiui, moti, quia illud uerbum [filios & hæredes.] denotat quod testator noluit filios admittere in uita Titii patris: quoniam in eius uita non possunt dici uel esse hæredes ipsius: unde sequitur necessario quod illos censeatur uocasse ordine successiuo, uidelicet, post mortem seu defectum patris. & licet aliqui reuocent istud in dubium præsupposita illa opinione, quod ista dispositio esset intelligenda non tantum de filiis, qui essent hæredes bonorum. sed ẽt de filiis qui essent hæredes sanguinis. de qua habetur in. l. ex facto §. fin. infra. ad treb. & de qua dicetur. infra in quæstionibus circa §. etiam si parente. opinio tamen Bart. & communis est indubitata, & procedit etiam attenta dicta opinione, quod intelligatur de filiis, qui essent hæredes sanguinis: quoniam filii in uita patris nõ possunt dici eius hæredes nec respectu bonorũ, nec respectu sanguinis: sed solũ post eius mortem. quod etiam iudicio meo præsupposuit Bart. hic. præterea ex eo quod uocat solũ illos filios, qui superuixissent patri, & illos uocat, ueluti succedentes in illa dispositione in locum patris (ut denotat illud uerbum [filios & hæredes]) resultat quod illos filios adiecit in dispositione solum contemplatione & intuitu Titii patris licet dispositio non sit generalis ad quoscunque filios et consequenter militabit illa ratio, quæ urget nos ad interpreta
27 tionem ordinis successiui. Aduertendum etiã est, q regulariter in institutione de Titio & filiis Seii non est admittenda interpretatio ordinis successiui inter Titium & filios Seii, sed alia interpretatio, quod filii Seii simul admittantur cum Titio. ut est casus in l. interdum. infra. de hæred. institu. & firmant Bart. & omnes alii hic. & est etiam euidens ratio: quoniam in casu isto non possumus dicere, q filii Seii fuerint adiecti in dispositione contemplatione & intuitu Titii, sed solum contemplatione propriæ personæ filiorum, uel Seii eorum patris: & propterea cessabit illa ratio, propter quam cogimur ad hanc interpretationem ordinis successiui, contra propriam significationem illius copulæ, & illius uniciuerbi dispositiui.

SECVNDA quæstio est quando dispositio de filiis intelligi uel non intelligi possit de filiis nascituris. & licet doct. tractauerint hanc quæstionẽ in. l. qui filiabus, in princi. infra. de leg. i. & in l. si cognatis. infra. de reb. dub. quia tamen resolutio præcedentis quæstionis consistit in eo, an dispositio sit generalis ad quoscunque filios etiam nascituros, & consequenter pendeat a resolutione præsentis articuli, an dispositio de filiis sit uel non sit intelligenda de nascituris: idcirco præsens quæ-
28 stio hic per nos uenit pertractãda, quam etiã pertractant hic aliqui reppetentes. Circa quam quæstionem primo aduertendum est, quod nõ potest procedere in casu quo Titius nullos haberet filios tempore testamenti, uel haberet unicum tantum filium & dispositio esset de Titio & eius filiis: quia hoc casu absque dubio intelligeretur de nascituris. Primum ueluti indubitatum præsupponit Deci. consi. 253. ad fin. quia impossibile est quod intelligatur dispositio solum de filiis natis cũ nulli sint nati. Secundum etiam quando unicum filium tantum habebat uti indubitatum præsupponunt Bart. & doct. in. l. qui quartam

§. fin.

§. fin. infrá. de lega. i. & soci. in d. l. si cognatis. col. 7. uersic. quando Titius. quoniam sumi debet interpretatio per quam uerificetur illa indefinita [filiorum] l. fin. infrá. ad treb. undé cùm non possit uerificari in illo unico filio quem habebat Titius tempore testamenti l. ubi numerus. suprà de testi. de necesitate ad hoc, ut possit uerificari intelligi debet etiam de nascituris. similiter etiam prædicta quæstio non potest procedere quando expressé dictum esset de filiis tàm natis, quá nascituris, quoniam hoc casu uerba sunt clara. solùm igitur potest procedere præsens quæstio in casu quo Titius tempore testamenti haberet plures filios. & in dispositione non sit dictum expressé de filiis nascituris, sed dictum sit simpliciter. Lego Titio & eius filiis, uel Titium & eius filios instituo, uel lego filiis Titii. an hoc casu dispositio sit intelligenda etiam de filiis nascituris: & quæstio ista est etiam communis ad illam indefinitam [agnatorum] & ad alias consimiles, & præsens quæstio est ad modum dubia & inuoluta, & à doct. non perfectè explicata.

29 Circá quam postpositis quæ dixerint cæteri (quorum tamen dicta infrà declarabuntur) ego constituo istam conclusionem, quo'd ubi in dispositione est unicum relictum commune ad omnes filios: non autem unum in singulis filiis, dispositio in dubio intelligi debet etiam de filiis nascituris. Et quàmuis ista conclusio uideatur esse contrá mentem aliorum doct. iudicio tamen meo est uera & indubitata. Ad cuius comprobationem & pro resolutione eorum, quæ adduci possent in contrarium præmitto, quo'd generalitas propriæ significationis huius indefinitæ [filiorum] comprehendit etiam illos, qui post testamentum nascuntur: na'm ita æquè proprié dicuntur filii Titii prout illi quos habebat tempore testamenti l. nomen filiarum. infrá. de uerbo. signi. Præmitto etiam, quòd in illa dispositione, quæ est una communis ad omnes comprehensos sub aliqua indefinita ad effectum ut aliqua persona intelligatur in tali dispositione uocata & comprehensa, nõ requiritur, quo'd testator de illa in specie & singulariter senserit, sed sufficit si in genere cogitauerit de his, quos comprehendit generalis & propria significatio illius indefinitæ. Istud præsupposito est indubitatum: na'm ultrá q̃ probatur per illam regulam q̃ in dubio attenden da sit generalitas propriæ significationis uerborum, de qua in. l. de præcio. suprá de publit. in l. i §. & generaliter. infrà. de lega. præstan. cum aliis similibus. quæ regula includit sufficere si disponens senserit generaliter de his, quæ continentur sub generali & propria uerborum significatione, & quo'd disponens censeatur cogitasse generaliter de his quæ continet propria significatio uerborum. probatur etiam per text. in. l. si quis filiabus in principio suprà de testamen. tut. & in §. fin. Institu. qui testamen. tut. dari possunt. na'm in casu illius tex. ex quo censetur unica tutella in quibuscunque filiabus: attento' quo'd est unicum patrimonium. l. tria sunt onera. suprá de excus. tut §. item tria. Institut. eodem titulo de excus. tut. idcirco' tex. præsupponit, quo'd datio tutelæ facta filiabus intelligatur de quibuscunque, quas comprehendit propria significatio illius indefinitæ. & istud includit non exigi, quòd de singulis filiabus in specie & singulariter senserit: sed sufficere si generaliter senserit de illis, quas comprehendit propria significatio illius indefinitæ. probatur etiam per tex. in d. l. si cognatis. infrá. de reb. dub. na'm ex quo in text. illo agitur de unico legato communi ad omnes cognatos, quibus relinquitur. ut præsupponit tex. ille in his uerbis [legatum debitum iri] & in his uerbis [facilius legatum consequetur] idcirco' in eo legato continentur omnes, quos comprehendit generalis & propria significatio illius indefinitæ [cognatis] nulla habita distinctione, an de singulis cognatis singulariter fuerit cogitatum uel né: & ideó præsupponit sufficere quo'd sit cogitatum in genere de his, quos comprehendit propria significatio illius indefinitæ. Sic etiam uidemus, quo'd in legato relicto filiis comprehenduntur filiæ nulla habita distinctione, an de fæminis, uel de masculis in specie & singulariter fuerit cogitatum. l. qui duos. l. si ita. scriptum. infrá. de lega. ii. l. seruius. & l. grege. infrà. de uerbo. significa. & l. si quis ita in principio suprá de testamen. tutel. uerùm præsupponitur sufficere si in genere fuerit cogitatum de illis personis, quas comprehendit

propria significatio illius indefinitæ [filiis]. Sic etiam uidemus, quo'd si testator legasset filiis Titii, legatum absque dubio esset ualidum etiam præsuppositio, quo'd testator ignoraret, an Titius habeat, uel non habeat filios: & tamen in casu isto non potest dici, quo'd in specie cogitauerit de singulis filiis, sed solum in genere de filiis. Sic etiam uidemus, quo'd in institutione posthumi continetur posthumus quandocunque nasciturus etiam ex alia uxore, quam testator tunc non habebat. ut dicit tex. in l. placet. supra' eod. de quo tamen non potuit testator singulariter & in specie cogitare: ex quo infertur sufficere si in genere fuerit cogitatum de his, quos comprehendit generalis & propria significatio illius indefinitæ [posthumi.] Et ratio est, quia ad hoc ut ualeat dispositio legati non exigitur, quo'd testator habeat specialem notitiam, uel certitudinem personæ legatarii: sed sufficit, quo'd illam habeat in genere: quoniam ualet legatum relictum personæ incertæ de certis. Instit. de lega§. sub certa. cum aliis concord. Præterea si testator uoluit facere unam dispositionem generalem & communem ad eos, quos comprehendit propria significatio alicuius indefinitæ: ideo' debet sufficere si de illis comprehensis sub significatione illius indefinitæ fuerit generaliter cogitatum. Ex istis duobus præmissis sequitur comprobatio prædictæ conclusionis: na'm sequitur, quo'd du'm testator relinquit unum fundum filiis Titii & uoluit, quo'd sit unicum legatum in omnibus filiis ipsius Titii, & propria significatio illius indefinitæ [filiis] ita comprehendit filios Titii nascituros, sicut ia'm natos, & sufficit quo'd testator cogitauerit in genere de filiis Titii & de illis, quos comprehendit propria significatio huius indefinitæ [filiorum] absque eo quo'd singulariter, uel in specie cogitauerit de natis uel de nascituris: sequitur quo'd filii nascituri ex Titio habeant fundatam intentionem circa' hoc, quo'd sint comprehensi in dicto legato: quia ad fundādā suam intentionem non habent necesse ostendere, q̄ testator in specie cogitauerit de nascituris, cu'm satis sit ostendere testatorē sensisse de his, quos cōprehēdit propria significatio illius indefinitæ. Et si pars aduersa uelit dicere quo'd filii nascituri non sint comprehensi, necesse habet ostendere, quo'd testator non sensit de nascituris, sed solu'm de natis: unde' infertur quo'd regulariter in dicto legato censeantur comprehensi filii etiam nascituri. ut præsupponit tex. in d.l. si quis filiabus. & licet plerique doct. in. d. l. qui filiabus. dicant quo'd tex. in d.l. si quis filiabus. procedat solu'm in datione tutellæ, non autem in legato: & aliqui alii dicant, quo'd procedit solu'm in legatis relictis filiabus testatoris, non in legatis relictis filiis alterius: tamen iste solutiones & intellectus non sunt de mente tex. qui non ponderat subiectam materiam dationis tutellæ, nec illam rationem quo'd agatur de filiabus testatoris, sed solu'm propriā significationem uerborum. Idem concludo circa' tex. in.d.l. placet. nam quamuis Glo. ibi & doct. in d.l. qui filiabus. dicant quo'd decisio d.l. placet. procedat propter odium præteritionis & propter fauorem testamenti conseruandi: tamen re uera tex. non se fundat in dictis rationibus, sed uidetur ponderare solu'm propriam significationem illius indefinitæ. [posthumi]. Et ista conclusio etiam clariu's comprobabitur ex his, quæ dicemus in solutione eorum quæ contra'. d. conclusionem adducuntur. Contra' quam primo' adducitur regula, quo'd ad effectum, ut dispositio de aliquo intelligatur non sufficit, quo'd propria significatio uerborum illum comprehendat, sed requiritur etiā, quo'd testator de illo senserit. l. in ambiguo. supra' de reb. dub. l. si quis ita§. pen. supra' de testam. tutel. ubi non sufficit, quo'd filius, quem testator ignorat se habere uel credebat mortuū contineatur sub illa generali & propria significatione illius indefinitæ [filiis] ex quo testator in illa datione tutellæ de illis non sensit. Sed ista prima difficultas nihil penitu's obstat, quinimo' rectè intuenti tex. in d.§. pæn. corroborat hanc nostram conclusionem, nō autem impugnat.

32 Sciendum enim est, quo'd plurimum interest inter casum quando agitur de filio nascituro (etiam præsuppositio quo'd testator ignoraret, an alii filii essent nascituri) & casum in quo agitur de filio, nato, quem testator existimabat mortuum, uel ignorabat se illum habere. Et ratio differentiæ consistit in hoc, quia in primo casu illa ignorantia testatoris, an alii filii essent, nascituri, non excludit quin

testator

testatore existimauerit posse sub propria significatione illius indefinitæ [filiorũ] contineri etiam filios nascituros. sed in secundo casu illa ignorantia testatoris circà filium iám natum dùm illum existimat mortuum, uel ignorat illum se habere excludit, quòd testator non potuit existimare, quòd sub propria significatione. d. indefinitæ [filiorum] contineatur ille filius natus, quem existimat mortuum, uel ignorat se habere. istud est clarum in filio, quem existimat mortuum: quoniam indubitatum est quòd testator existimat illum non posse comprehendi sub significatione illius indefinitæ [filiorum]. istud etiam contigit in filio iám nato, quem ignorat se habere: nám posito casu quòd testator existimat se habere solùm duos filios, uidelicet, Seium & Caium, & ignoret se habere Titium, resultat quòd testator existimat sub illa indefinita [filiorum] non posse cõtineri alios filios natos nisi illos duos, uidelicet, Seium & Caium, nõ autem dictum Titium. Ex hac differentia sequitur, quòd filius nascturus eo ipso quòd ostendit testatorem cogitasse in genere de illis, quos comprehendit propria significatio illius indefinitæ [filiorum] probat, quòd disponens de ipso saltem in genere cogitauerit: quia (ut dictum fuit) ignorantia testatoris an essent alii filii nascituri non excludit, quin potuerit existimare, quòd sub propria significatione illius indefinitæ possent contineri filii etiam nascituri: sed in alio casu eo ipso quòd pars aduersa ostendit, quòd testator existimabat illum filium natum esse mortuum, uel quòd ignoraret se illum habere, probat quòd testator de illo nec in specie, nec in genere senserit quàmuis senserit de his, quos potuit existimare fore comprehensos sub significatione dictæ indefinitæ, [filiorum.] quia (ut iám dictum fuit) huiusmodi ignorantia circá filium iàm natum excludit nè testator possit existimare, quòd sub generali significatione illius indefinitæ [filiorum] contineatur iste filius, circá quem contigit talis ignorantia testatoris. Stante hoc præsupposito succedit quòd tex. in d§. pæn. dùm determinat, quòd in datione tutellæ facta filiis non comprehendatur filius, quem testator existimabat mortuum, uel quem ignorabat se habere: non negat quin ad effectum, ut aliquis filius censeatur comprehensus in illa indefinita [filiorum] non sufficiat quòd in genere de illo fuerit cogitatum eo ipso quòd fuerit cogitatum de filiis, quos continet propria significatio illius indefinitæ: & non negat quin censeatur in genere cogitatum de illo filio, quem testator potuit existimare posse sub significatione illius indefinitæ contineri: uerùm potiùs præsupponit ista omnia. Non enim uult, tex. quòd ad effectum, ut aliquis filius censeatur comprehensus exigatur quòd probet testatorem sciuisse, quòd uiueret, uel quòd illum haberet: sed quòd sufficiat si probet, quòd significatio illius indefinitæ ipsum contineat. solùm tex. ille uult q̃ filius excludatur á dicta dispositione ob id, quia pars aduersa ostendendo quòd testator existimabat illum mortuum, uel illum non habere, ostendit quòd testator existimabat talem filium non posse contineri sub significatione illius indefinitæ [filiorum] & in consequentiam huius probat, quòd per testatorem non fuit de illo filio nec in specie, nec in genere cogitatum. Ex quibus sequitur q̃ filius nondùm natus non potest excludi á dispositione de filiis indefinité nisi pars aduersa ostendat quòd testator existimabat, quòd filius nondùm natus nõ posset contineri sub significatione dictæ indefinitæ, & quòd testator de filio nascituro nec in specie, nec in genere cogitauit: ad quod (ut dixi) non sufficit ostendere, quòd testator ignorabat, an alii filii essent sibi nascituri.

Adducitur etiam contrá prædictam nostrã conclusionem, quòd sicut illa indefinita. [uestem meam argentum meum, aurum meum, seruos meos] in dispositione legatì intelligitur solùm de his, quæ erant in bonis defuncti tempore testamenti l. si ita. in fra' de auro & argen. leg. ita etiam ista indefinita [filiis uel cognatis meis, uel filiis seu cognatis Titii] in dispositione legati debet intelligi solùm de filiis & cognatis qui extabant tempore testamenti, non autem de nascituris post testamentum. Accedit quia sicut propria significatio huius indefinitæ. [filiis uel cognatis] comprehendit etiam nascituros: ita etiam propria significatio illius indefinitæ. [Vestem meam uel aurum meum] comprehendit uestem & aurum ex postfacto & post testamentum á testatore acquisitum: igitur uidetur dicendum, quòd sicut non sufficit quòd propria significatio dictæ indefinitæ comprehendat uestem, uel aurum quod post testamentum superueniet, ad ostendẽdũ, q̃ testator de illo sen

ſerit: ita etiam ad oſtendendum quo'd teſta-
tor de filiis naſcituris ſenſerit; non uidetur ſuf
ficere, ꝙ propria ſignificatio huius indefini-
tæ. [filiis] comprehendat filios qui poſt teſta-
33 mentum naſcentur. Pro reſolutione huius
difficultatis, quæ prima facie plurimum uide
tur urgere aduertendum eſt, quo'd in legato
indefinitè de ueſte, auro, argẽto ſine adiectio-
ne illius demonſtrationis [meum] illa indefi-
nita in legato contineret omnem ueſtem, om
ne aurũ, & omne argentũ quod teſtator in bo
nis reliquiſſet tẽpore mortis quáuis illud non
habuiſſet tempore teſtamenti. ut eſt caſus in l.
quidam. infra' de uino triti. & oleo legat. qui
tex. loquitur in indefinita [triticũ, oleũ, uinũ]
& in. l. ſi cui lanam. in princ. infra' de leg. 3.
qui loquitur in indefinita [lanæ] & in. l. cum
aurum. infra' de auro & arg. leg. qui loquitur
in indefinita [aurum & argentum] & fuſiu's
per nos declaratum fuit in. l. ita ſtipulatus. inf.
de uerb. obli. Ex hoc ſequitur quò'd ſi in caſu.
d. l. ſi ita. in indefinita [rerum] intelligitur ſo-
lu'm de præſentibus, non autem de futuris,
iſtud cauſatur propter illam demonſtratio-
nem [meũ] quæ fuit adiecta dictæ indefinitæ.
quo'd ẽt præſupponit tex. ille, nã (ut ſtatim di
ctum fuit) deficiente dicta demonſtratione
illa indefinita [rerum] intelligeretur ẽt de fu
turis. Prædicta igitur difficultas reducitur ſo
lu'm ad iſtud; quare ſicut illa demonſtratio
[meũ] adiecta indefinitæ [rerum] efficit ꝙ iſta
indefinita intelligatur ſolu'm de præſentibus:
ita etiam dicta demonſtratio adiecta indefini
tæ. [filiorum uel cognatorũ] de quibus diſpo
nitur, non efficiat, quo'd dicta indefinita intel
ligatur ſolu'm de præſentibus. Solutio tamen
34 ad hanc difficultatem eſt clara: quoniam
plurimum intereſt an dicta demonſtratio per
pronomen [meum] adiiciatur indefinitæ [re-
rum] de quibus diſponitur, an uerò adiiciatur
indefinitæ perſonarum, quibus relinquitur:
& ratio differentiæ eſt duplex. Prima quia
in indefinita [rerum] illa demonſtratio [meũ]
cenſeri poteſt ſolu'm adiecta ad demonſtran-
dum res, de quibus teſtator intendit diſpone
re: non autem eſt apta ad demonſtrandum
rationem & cauſam propter quam fiat illa
diſpoſitio. (ut patet ad ſenſum) & cu'm ſubie-
cta materia demonſtrationis pertineat ad
oſtendendum rem factam, non autem futu-
ram, & rem certam, non autem incertam. l. ſi
nominatim. infrà de cond. & demon. idcircò
non poteſt eſſe apta ad demonſtrandum tem
pus futurum, ſed ſolùm præſens: quam ratio
nem præſupponit tex. in. d. l. ſi ita. in his uer-
bis [hac demonſtratione meum etc.] illa enim
uerba includunt, ꝙ illud pronomen [meũ]
ſit adiectum ſolu'm ad demonſtrationem;
& quo'd illa demonſtratio ſolùm adaptetur
ad tempus præſens. quæ ratio ceſſat in demõ
ſtratione per pronomen [meum] uel per no-
men patris adiecta indefinitæ [filiorum uel
cognatorum] quoniam cenſetur adiecta non
ſolu'm pro demonſtratione, ſeu certificatio-
ne perſonarum quibus relinquitur: ueru'm
potiu's pro demonſtratione rationis et cau-
ſæ, propter quam illis perſonis relinquitur, ui
delicet, quia ſunt filii uel cognati mei, aut filii
uel cognati Titii. & quoniam ſubiecta mate-
ria huius rõnis & cãæ filiationis uel cognatio
nis nõ minu's reſpicit futuros filios ſeu cogna
tos, quàm præſentes: idcirco' dicta demon-
ſtratio non impedit, quin dicta indefinita cõ-
prehẽdat futuros. Admitto quidem, quò'd ſi
indefinitæ [filiorum] ſit adiecta demonſtra
tio quæ ſolu'm pertineat ad demonſtratio-
nem ſeu certificationem perſonarum, pro ut
quando dictum eſſet. Lego filiis impuberi-
bus. tunc dicta demonſtratio oſtenderet ſo-
lu'm illos, qui tempore teſtamenti eſſent im-
puberes: non autem eos, qui tempore mor-
tis reperirentur impuberes. l. mella. infrà de
alim. et cibar. leg. & hoc caſu militaret illa
met ratio, quæ militat in illa demonſtratione
[meum] adiecta indefinitæ. [rerum] Secunda
ratio differentiæ eſt, quo'd ex quo dicta de-
monſtratio [meum] in indefinita [rerum] eſt
poſita ad excluſionem [rerum] quæ ſunt alte-
rius, ſequitur ꝙ in neceſſariam conſequentiã
habeat relationem ad tempus teſtamenti. eſt
enim neceſſe quo'd tempore teſtamenti res
ſint in bonis teſtatoris ad hoc, ne' ſint in bo-
nis alterius. quæ ratio ceſſat in prædicta de-
monſtratione per pronomen [meum] adie-
cta indefinitæ [filiorum uel cognatorum]
quia licet intelligatur adiecta ad excluſionem
eorum qui ita ſunt filii uel cognati alterius,
ut non ſint filii uel cognati teſtatoris, uel illius
de quo dixit teſtator: non ideo' tamen in ne-
ceſſariã cõſequentiã ſequitur, ꝙ dicta demon
ſtratio habeat relationẽ ſolũ ad tempus præ-
ſens & ſolu'm ad illos, qui de præſenti ſunt
filii uel cognati: ex quo illi, qui de præſenti
non ſunt filii uel cognati teſtatoris, ſed ſunt
futuri poſt teſtamentum non dicuntur fuiſſe
tempore teſtamenti filii uel cognati alterius,

ex

ex quo post testamentum superuenerunt in rerum natura. Prior tamen ratio est melior, ex quo ista secunda non uidetur adaptari ad illas res, quæ tempore testamenti non erant in rerum natura, sed superuenerunt post testamentum in rerum natura & bonis testatoris: nàm quo' ad istas res nõ sequitur, quòd tempore testamenti dicantur fuisse in bonis alterius ob id, quo'd dicto tẽpore non fuissent in bonis testatoris. Et forte' prædictam differentiam senserunt illi antiqui, quos refert Bart. in d.l.si cognatis. qui concordando tex. in d.l.si ita. cum tex. in d.l.si cognatis. cõstituebant differentiam inter indefinitam [rerum] & indefinitam [personarum] quorum tamen opinionem & differentiam Bart. ibi reprobat: nàm si dicti doct. antiqui uoluerunt constituere absolutè illam differentiam inter indefinitam [rerum] & indefinitã [personarũ] opinio ipsorum non posset procedere: quoniam indefinita [rerum] etiam potest trahi ad futurum. d.l. quidam. d.l. si cui lanam. d.l cùm aurum. & procederet reprobatio Barth. sed si uoluerunt constituere differentiam, an illa demonstratio [meum] adiiciatur indefinitæ [rerum] an uero' indefinitæ [personarum] rectè senserunt, & eorum opinio concordaret cũ his, quæ statim diximus. Tertio' contrà prædictam conclusionem adducitur decisio, quam ponit tex. in d.l. qui filiabus. in principio. infrà de leg. i. uidelicet, quo'd ubi quis legauit filiabus, non uidetur sensisse de nascituris nisi in aliqua parte testamenti habuerit mentionem de posthuma. quæ decisio (secundum doct. ibi) uidetur includere, q̃ legatum relictum filiabus regulariter non intelligitur de nascituris nisi probatum fuerit, q̃ testator

35 senserit de nascituris. Pro resolutione huius difficultatis est aduertendum, quòd decisio. d.l. qui filiabus. non continet, quòd ad effectum ut legatum relictum filiabus intelligatur etiam de futuris exigatur, quòd testator in alia parte testamenti habuerit mentionem de posthuma: sed solùm continet, quòd ad effectum, ut uideatur singulariter & in specie sensisse de filia nascitura exigatur, quo'd in aliqua parte testamenti habuerit mentionẽ de posthuma: & propterea prædicta decisio includit, quo'd ubi ad effectum ut legatum intelligatur de filia nascitura sit necesse, quòd testator de filia nascitura in specie & singulariter senserit, quòd tunc ad hoc, ut intelligatur comprehensa debet ostendi quòd in alia parte testamenti habuerit mentionem de posthuma: sed dicta decisio non includit, quo'd illud exigatur in illo legato, in quo ad effectum, ut intelligatur de filia nascitura non est necesse, quo'd de illa in specie & singulariter senserit, sed sufficit fuisse cogitatum de his, quas comprehendit significatio illius indefinitæ [filiis uel filiabus] & quia ad effectum, ut intelligatur comprehensa in ea dispositione, quæ est una generalis & communis ad omnes filias comprehensas sub illa indefinita non est necesse, quo'd de aliqua filia in specie & singulariter senserit: quia sufficit quo'd in genere fuerit cogitatum de illis, quos comprehendit propria significatio illius indefinitæ. (ut suprà dictum fuit) idcirco' decisio. d.l. quia filiabus. nõ potest pertinere ad huiusmodi dispositionem, de qua loquitur conclusio nostra. solùm potest pertinere ad illam dispositionẽ, quæ non est una communis ad omnes filias, sed censentur tot dispositiones seu tot legata, quot sunt filiæ: in qua dispositione interpretatio, quo'd intelligatur actum de filia nascitura, pertinet ad multiplicandum legatum, pro ut contigit quando testator singulis filiabus legat. x. na'm in casu isto sicut agitur q̃ inducatur unum singulare legatum in singulis filiabus, & testator intendit singulis filiabus legare: ita etiam exigitur quo'd de singulis in specie & singulariter senserit. quod etiã præsupposuit Bart. in d.l. qui filiabus. licet nõ considerauerit prædictam rationem.

36 Concludo igitur quòd legatum relictum singulis filiis, uel singulis cognatis non intelligitur nisi de his, de quibus testator singulariter & in specie senserit: & ideò si quis uult probare, quo'd de seipso legatum intelligatur, necesse habet ostendere, quo'd de ipso testator in specie & singulariter senserit: & propterea in isto legato regulariter in dubio non intelligerentur comprehensi filii uel cognati nõdùm nati. Sed quando est unicum legatum communiter & generaliter in filiis & in cognatis, tunc intelligitur de illis omnibus, de quibus potuit cogitare testator, q̃ possint contineri sub propria significatiõe illius indefinitæ, & in quibus legatum possit habere effectum: & ideo' si quis uelit probare, quo'd de seipso legatũ intelligatur non hẽt necesse ostẽdere, quo'd testator de seipso singulariter & in specie senserit: sed sufficit probare quo'd potuerit cogitare, quo'd generalis & propria significatio illius indefinitæ ipsum potuit cõprehen-

prehendere & in isto legato regulariter in dubio intelliguntur comprehensi filii uel cognati etiam nondum nati; ut supra dictū fuit in dispositione tutellæ, quæ est una in omnibus filiis. d. l. si quis filiabus. in principio supra de testamen. tutel. & in institutione filiorum & posthumi, quæ est unica institutio in omnibus filiis & posthumis. d. l. placet. supra eo. & in legato quando est unicum in quibuscunque filiis seu cognatis. d. l. si cognatis. & in casu isto quando est unicum legatum in quibuscunque filiis siue cognatis, non interest an testator de singulis senserit, ita quo'd singulariter censeantur ennumerati sub illo plurali nomine gratia breuitatis, an uero' senserit solu'm generaliter & in communi de quibuscūque filiis uel cognatis præterquam in uno, in isto uidelicet, quia quando sensit solum generaliter deficiente legato in aliquorum persona uel quia fuerint prædefuncti, uel quia nō sint nati cæteri in quib. potest habere effectū legatū habebunt integrum legatū circunscripto quolibet iure accrescendi. legatum. n. illud cēsetur relictum solum illis, quos cōplehendit propria significatio illius indefinitæ, & in quibus legatū poterit habere effectū, sed non aliis. sed quando sensisset de singulis deficiente legato in persona aliquorum, quia non essent nati, uel quia essent prædefuncti legatum deberetur quidem insolidū his, qui supererent, tamen deberetur mediante iure accrescendi: attentoq; etiam aliis intelligeretur fuisse legatū. ut est casus in. l. qui quartā §. fin. infra' de leg. primo. declarādo illum tex. ut statim dicetur in solutione difficultatis, quæ de illo tex. fit cō tra' prædictam conclusionem.

Quarto' contra' prædictam conclusionem adducitur tex. in d. l. qui quartam §. fin. infra'. de leg. primo. na'm qua'muis in casu illius tex. sit unicum legatū in quibuscunq; filiab. ex quo testator legauit solum unam summam: attamen in illo legato testator in dubio non uide
37 tur sensisse de filia nascitura. Pro resolutione huius difficultatis aduertendum est, q; in tex. illo non deciditur, quo'd exigatur ut testator in specie senserit de filia nascitura ad effectū, ut in illo legato intelligatur cōprehensa: uerum solummodo deciditur, q; licet senserit de filia nascitura in specie: tamen hoc nō obstante illa nō nata debetur legatū insolidū illi superstiti. & prædicta decisio non pōt cōtinere, quo'd si nō sensisset de nascitura, legatum in solidum non deberetur superstiti: quia multo' magis hoc casu deberetur. Et si quis diceret ad quid igitur potest pertinere differentia, quam uoluit præsupponere tex. inter casum quādo testator sensit in specie de nascitura, & casū quādo de illa in specie non sensit quantū ad decisionem, quam ibi ponit tex. Respondetur q; necessario' coigimur dicere, q; tex. præsuppo? suit istā differentiā, uidelicet, q; in casu quando sēsit in specie de nascitura, illa nō nata legatum nō debetur superstiti ea ratione, quia illi soli intelligatur legatum sed solu'm ratione iuris accrescendi: ex quo filia illa quæ non fuit nata censetur comprehensa in legato siue sit nata siue nō nata ubi testator de illa in specie sensit; sed in casu quo testator nō sensit in specie de filia nascitura sed solu'm generaliter de his, quas cōtinebit propria significatio illius indefinitæ [filiabus] tunc illa filia non nata legatum deberetur superstiti non mediante iure accrescendi, sed ea ratione, quia superstiti tantu'm uideretur legatum: non autem filiæ, quæ non fuisset nata: ex quo legatum censetur factum illis tantu'm, quas comprehendit propria significatio illius indefinitæ [filiabus] & filia, quæ non fuit nata non potuit contineri sub significatione huius indefinitæ. & ista est illa differētia quam præsuppossuit tex. in d. l. qui quartam §. fin. inter casum quando testator sensit in specie de singulis filiabus, & casū quando solum generaliter in casu quando legatum est unicum & commune ad quoscunque filios. & iuxtà istum intellectum ad. d. tex. qui iudicio meo est uerisimus, tex. ille non præsupponit, quo'd exigatur ut testator in specie cogitauerit de filia nascitura ad effectum ut illa intelligatur comprehensa in legato relicto filiabus. & iuxta' prædictam distinctionem præsens quæstio resolui & determinari debet. Ex qua distinctione sequitur
38 quo'd licet doct. in d. l. qui. filiabus in princ. & in d. l. si cognatis. concludant quo'd in legato facto filiabus non intelligitur comprehensa filia posthuma nisi in aliqua parte testamenti de ea facta fuerit mentio: quo'd tamen dicta opinio intelligenda est iuxta' prædictam distinctionem, uidelicet, ut procedat in casu quo singulis filiabus certa quantitas esset legata, quo casu tot censentur esse legata, quot sunt capita filiorum, & in quo casu exigitur, quo'd singulariter & in specie de singulis testator senserit (ut supra' dictum fuit) & in quo casu præcise' loquitur tex. in d. l. qui filiabus. in princ. & prædicta interpretatio

(quo'd

(quòd legatum intelligatur de filio posthumo) pertinet ad grauamen hæredis & ad diminutionem hæreditatis: contrà quam interpretationem militat illa regula, quòd in dubio accipienda sit illa interpretatio per quam hæres minus grauatur. de qua in. l. apud iulianum §. fin. infrà. de leg. primo. in l. unum ex familia §. pen. infrà. de lega. 2. in l. numis. infrà de leg. 3. sed non procedit in casu quo censetur esse unicum legatum generale & commune ad quascunque filias: quia in casu isto non exigitur quòd de singulis filiabus singulariter & in specie testator senserit, nec quòd singulariter senserit de filia nascitura: sed sufficit fuisse cogitatum in genere de filiabus, quas comprehendit propria significatio illius indefinitæ, & quæ erunt capaces legati; in quo casu interpretatio (quòd intelligatur legatum de filia posthuma) non pertinet ad grauamen hæredis, nec ad diminutionem hæreditatis cùm sit unicum legatum: ut est casus in d.l. siquis filiabus. & in d. l. si cognatis. & manifestè probatur ex his, quæ suprà dicta fuerunt. Sequitur etiam ex prædictis, quòd nulla ratione potest procedere opinio quam firmant Raph. Comen. Alexan. & Ias. in d.l. qui filiabus. & Soci. in d.l. si cognatis. colum. x. uersi. quarta conclusio. & Alexandrin. hic. uidelicet, quòd in legato relicto filiabus comprehenditur posthuma, quæ nascetur post testamentum antè mortem sed nõ illa, quæ nascitur post mortem: nàm si loquimur in casu quo singulis filiabus intelligitur legatum, nullo modo continebitur filia, quæ tempore testamenti non esset nata nisi appareat, quòd de filia nascitura specialiter testator senserit. per ea quæ superiùs dicta fuerũt. & per tex. in d.l. qui filiabus. in principio. qui dùm loquitur de posthumo intelligi debet omninò etiam de filia, quæ nascetur post testamentum antè mortem patris. licet enim non dicatur uerè & propriè posthumus is qui nascitur post testamentum in uita patris. l. 3 §. primo. infrà. titul. primo. & declaratum fuit s ead. l. in principio. tamen in dispositione testatoris, de qua loquitur tex. in d l. qui filiabus appellatio posthumi semper intelligitur de omnibus filiis, qui nascuntur post testamentum nulla habita distinctione, an nascantur in uita, an post mortem testatoris: ex quo testator existimabat omnes filios, qui sibi nascerentur post testamentum futuros posthumos. ut dictũ fuit suprà in principio. legis. Et tanto magis quia tex. in d.l. qui filiabus. loquitur de illa posthuma de qua testator in aliqua parte testamenti fecisset mentionem & indubitatum est, quòd appellatio posthumæ testatoris in dispositione testamẽti intelligitur de quacunq; filia nascitura post testamentum: l. 3 §. nominatim. infrà. tit. primo. si etiam loquimur in casu quo censetur esse unicum tantùm legatum in quibuscunq; filiabus, tunc absq; dubio contineretur etiam filia nata post mortem testatoris: quia continentur omnes, quas comprehendit propria significatio illius indefinitæ [filiabus] quæ significatio comprehendit etiam illam, quæ nascetur post mortem. l. nomen filiarum. infrà. de uerborũ significatione. & per alia, quæ suprà dicta sunt. & istud idem concludo in legato facto cognatis indefinitè: quia si sit unicum legatum in quibuscunque cognatis, in eo continerentur cognati, qui essent concepti uiuo testatore licet nati post eius mortẽ; nàm dicuntur propriè cognati testatoris, prout dicuntur nati in eius uita. quod etiam est de mente tex. in d. l. si cognatis. nàm licet loquatur de his, qui sunt facti cognati tempore mortis per arrogationem: sensit tamen idem esse in quibuscunque, qui essent facti cognati tempore mortis etiam per conceptionem uel natiuitatem: ita quòd nulla debet constitui differentia inter filiam natam post testamentum in uita testantis, & natam post mortem, nec inter cognatum natum post testamentum in uita, & natum post mortem dummodo fuerit conceptus in uita testantis, quàmuis circà hoc dubitauerit Soci. in d. l. si cognatis. uersi. tertia cõclusio. post alios quos refert. Sequitur etiam quòd licet Bart. & doc. in d.l. si cognatis. in solutione contrarii d. l. si ita. infrà de auro & arg. leg. & in pæn. q. & communiter doct. in d. l. qui filiabus. concludant generaliter & indistinctè quòd in dispositione de filiis uel cognatis alterius quàm testatoris illa indefinita intelligetur solùm de his, qui extabant tempore testamenti, non autem de nascituris (quinimò Ias. in d. l. qui filiabus. in 3. notab. concludit, quòd substitutio in qua testator substituit Titium & eius filios comprehendat solùm illos filios Titii, qui erant nati tempore testamenti, non autem filios qui postea sibi nascentur. & dicit quod istud concludit Bart. in quodam suo consilio, quod incipit. Bonauentura condidit testamentum. quàmuis in libro meo Bar.

hoc

hoc non dicat in d. conſilio.) Attamen præ-
dicta opinio intelligenda eſt ſecundum præ-
dictam diſtinctionem, ut procedat in ea di-
ſpoſitione, in qua cenſentur eſſe tot legata,
quot ſunt filii uel cognati illius tertii: nam
tunc talis diſpoſitio in dubio intelligetur ſo-
lum de his, qui tunc nati erant, non autem
de naſcituris, pro ut etiam dictum fuit ſupra'
in diſpoſitione de filiis & cognatis teſtatoris:
ſed quod non procedat in ea diſpoſitione, in
qua cenſetur eſſe unicum legatum in quibuſ-
cunque filiis, uel cognatis illius tertii uel uni-
ca inſtitutio ſeu ſubſtitutio: quia in caſu iſto
non exigitur quod teſtator ſenſerit particula-
riter & in ſpecie de ſingulis filiis ſeu cognatis
illius tertii, ſed ſufficit quod generaliter cogi
tauerit de his filiis uel cognatis, quos conti-
nebit propria ſignificatio illius indefinitæ tē-
pore quo cedet dies ipſius legati ſeu inſtitutio
nis. per ea, quæ ſupra' dicta fuerunt. pro quo
etiam uidetur caſus in d.l. ſi cognatis. intelli-
gendo illum text. generaliter & indiſtinctè,
pro ut loquitur tam in cognatis alterius ter-
tii, quam in cognatis teſtatoris pro ut etiam
ibi intelligit Paul. de Caſtr. Nec obſtat tex. in
d.l.ſi ita. quia ſolutio eſt (ut ſupra' dictum fuit)
quod ille text. non decidit quod indefinita
[rerum] intelligatur ſolum de præſentibus.
quinimo ueritas eſt, quod intelligitur etiam
de futuris d. l. quidam. de uino triti. & oleo
leg. d. l. ſi quis lanam. in principio. infrà. de
leg. tertio. d.l. eum aurum. infra. de auro &
arg. leg. ſed deciſio illius tex. conſiſtit ſolum
in eo, quod illa demonſtratio [meum] adie-
cta indefinitæ [rerum] efficit quod intelliga-
tur ſolum de præſentibus. iſtud tamen non
poteſt efficere demonſtratio per hoc prono-
men [meum] ſiue per nomen patris adiecta
indefinitæ [filiorum uel cognatorum] per ra
tiones de quibus ſupra' dictum fuit. Nec etiã
obſtat quod teſtator ignorabat, an ille tertius
eſſet in futurum habiturus alios filios uel co-
gnatos: quia (ut dictum fuit ſupra') hæc igno
rantia non poteſt obſtare: quoniam ex illa
non poteſt inferri, quod teſtator non exiſti-
mauerit ſub generali ſignificatione dictæ in-
definitæ poſſe contineri etiam filios & cogna
tos naſcituros, licet aliud ſit in ignorantia de
aliquo filio iam nato. (ut ſupra' dictum fuit)
& ideo concludo quod abſque dubio ſubſti-
tutio de Titio & eius filiis intelligetur etiam
de filiis Titii naſcituris poſt teſtamentũ quod
etiam uidentur præſuppoſuiſſe Alex. conſ. 13
& 14. in 4. & Soci. conſil. 113. colum. 4. ad
fin. nam præſupponunt, quod in dicta ſub-
ſtitutione comprehendantur filii Titii qui na
ſcerentur poſt teſtamentum. eſt uerum quod
non apparet an prædicti doct. loquantur
in caſu quo Titius tẽpore teſtamenti haberet
aliquos filios, quo caſu procedit quæſtio: an
uero in caſu quo tempore teſtamenti Titius
nullos filios haberet, uel haberet unicum tan
tum, in quo caſu non procedit præſens quæ-
41 ſtio. Sequitur etiam ex prædictis, quod
non poteſt procedere concluſio, quam fir-
mant Paul. de Caſtr. Aret. Alex. & Iaſ. in d.l.
qui filiabus. dum concludunt, quod ubi te-
ſtator ſingulis filiabus legat centum pro do-
te, quod huiuſmodi legatum intelligatur etiã
de naſcituris, moti, quia pater tenetur relin-
quere dotem filiabus naſcituris prout iam na
tis, & quia in iſto legato uidetur militare illa-
met ratio, propter quam dicimus, quod da
tio tutellæ facta filiabus, comprehẽdat etiam
naſcituras d. l. ſi quis filiabus. in principio.
ſupra'. de teſtam. tutel. & quia inſtitutio defi-
liabus comprehendit etiam poſthumam, ex
quo pater tenetur illam inſtituere. ut per
Bart. in d. l. qui filiabus. in principio ad fin.
iſta concluſio (ut dixi) non poteſt procedere:
quoniam in caſu huius concluſionis tot cen-
ſentur eſſe legata, quot ſunt filiæ: ex quo cer-
ta quantitas ſingulis fuit legata. & in caſu iſto
exigitur, quod teſtator cogitauerit particula-
riter & in ſpecie de ſingulis filiabus, & ſic etiã
de naſcituris: ex quo ſingulis filiabus fuit lega-
tum. nec poteſt conſtare quod particulariter
ſenſerit de filiabus naſcituris niſi in aliqua par
te teſtamenti fuerit facta mentio de poſthu-
mo (ut dicitur in d.l. qui filiabus.) & in hoc ca
ſu iſta interpretatio (quod legatum intelliga-
tur de naſcituris) pertinet ad multiplicãdum
legatum & ad augendum grauamen in perſo
na hæredis. Illud autem quod ſit eadem ra-
tio uel neceſsitas relinquendi dotem naſcitu-
ris ſicut iam natis filiabus; non efficit, quin
in iſto legato (quod ſingulis filiabus fuit reli-
ctum) nõ exigatur quod particulariter & in
ſpecie de ſingulis filiabus teſtator ſenſerit; nec
etiã hoc caſu militat illud ſimile de datione
tutellæ facta filiabus: quoniam datio tutellæ
non fit ſingulis filiabus, ſed eſt una commu-
nis ad omnes filias. (ut ſupra' dictum fuit) &
in caſu huius cõcluſionis legatum fit ſingulis
& ſunt tot legata, quot ſunt filiæ & eodẽ mo-
do reſpondetur ad ſimile de inſtitutione filia

rum.

rum, quia est unica institutio communis ad quascunque filias. (ut supra dictum fuit) ultrà quod etiam dici potest, quod in casu huius conclusionis non constat quod testator esset relicturus tantam summam pro dote cuiuslibet filiæ, si denascituris filiabus cogitasset.

42 Et est aduertendum, quod ex hac quæstione, an indispositione intelligantur uel non intelligantur comprehensi filii & cognati etiam nascituri, resultat iste effectus, quia ubi dispositio intelligeretur solùm de his, qui tunc nati erant sequeretur, quod ex toto euanesceret legatũ seu institutio prædefunctis antè testatorem, uel antequam cederet dies legati seu institutionis illis qui extabant tempore testamenti, quámuis tempore mortis testantis & tempore quo cedit dies legati extarent alii filii uel cognati nati post testamentum: quia in postea natis non posset habere effectum dispositio, quia de illis non intelligitur nec in his qui tempore testamenti nati erant: quia licet de illis intelligatur dispositio, tamen in eorum persona fuit effecta caduca, ex quo sunt præmortui. Si uerò dispositio intelligeretur etiam de nascituris post testamentum, dispositio haberet effectum quámuis antè mortem testantis fuissent præmortui illi, qui erát nati tempore testamenti dummodo aliqui postea nati fuerint, qui tempore mortis testantis uel quando cedet dies legati existant, resultat etiam iste alius effectus: quia in uno casu ad commodum legati seu institutionis admitterentur solùm nati tempore testamenti ét quod alii postea superuenirẽt: sed in alio casu unà cum natis tẽpore testamenti admitterẽtur etiá alii, qui postea superuenirent.

TERTIA quæstio est, an in casu quo dispositio de filiis uel cognatis intelligitur de nascituris, talis dispositio intelligi debeat generaliter de quibuscunque nascituris quandocunq; nascantur, an uerò de illis tantùm, qui essent nati uel concepti tempore mortis testantis.

43 Circá quam sunt opiniones: nám Ioa. Andr. in addit. ad Specul. in rub. de testam. col. 3. uer. item Lambertus, Alex. d. consi. 13. & 14. in 4. & consi. 26. ad fin. in 3. tenuerunt quod intelligatur de quibuscunque nascituris dummodo sint nati uel concepti tempore quo extitit conditio legati uel substitutionis quámuis essent nati & concepti post mortem testantis. Sed Aret. Seuer. & Marian. Socinus & plures alii quorum consilia & subscriptiones reperiuntur inter consilia Soc. consi. 152. in primo. & subscriptionibus. d. consi. adiectis, tenuerunt, quod intelligatur solùm de natis uel conceptis antè mortem testantis: non autem de natis & conceptis post eius mortem quámuis antequam uenisset dies uel conditio substitutionis seu fideicom. quod etiam tenuit Soc. cõsi. 73. col. 7. uer. quarto & ultimo. in 4. moti per tex. in d. l. si cognatis. & per rationem, quia sicut in successione intestati illius testantis nõ uocantur nati & concepti post eius mortem. l. i §. si quis proximior. infrà undé cognat. l. titius. infrà de suis & leg. l. si quis filio exhæreda to uersi. cæterum. infrà tit. i. & instituta de hæred. quæ ab intestato §. cum autem. ita etiam præsumptio est, ꝙ testator in hac sua dispositione de filiis seu cognatis siue suis, siue alterius noluerit uocare nisi illos, qui essent nati uel concepti tempore mortis suæ: non autem natos uel conceptos post eius mortem. per illam regulam, quod testator præsumitur cõformare suam dispositionem cum dispositione iuris communis circá successionem intestati. ut notant Bar. & alii. in l. hæredes mei §. cúm ita. infrá ad trebel. Quinimò plerique doct. in d. l. qui filiab. in prin. infrá de leg. i. pro ista opinione considerant istam aliam rationem: uidelicet, quod ex quo legata & fideicommissa solent fieri propter benemerita. l. nec adiecit ff. pro socio. & in his, qui nascuntur & concipiũtur post mortem testantis nulla possunt esse benemerita erga testatorem, & nulla potest esse affectio testátis erga ipsos obrationem benemeritorum, quod ideò dispositio de illis non debeat intelligi. Ego concludo quod prior opinio sit uera & indubitata, uidelicet, quod dispositio intelligatur etiá de illis, qui nascuntur & concipiuntur post mortem testantis dummodo sint nati uel cõcepti tempore quo extitit dies uel conditio legati seu substitutionis: sed quòd non intelligatur de his, qui nascuntur & concipiũtur postquá cesit dies legati uel substitutionis. Prima pars huius cõclusionis euidenter probatur ex eo, quia si relictum sit filiis uel cognatis Titii & actum sit de his, quos comprehendit propria significatio illius indefinitæ, necessariò dispositio intelligetur de illis filiis uel cognatis Titii, qui erunt nati uel concepti post mortem testantis: quoniam non minús propriè dicuntur filii uel cognati Titii, quàm nati uel concepti antè mortem testantis. Nec obstant quæ adducta sunt in contrarium: nám quantum ad text. in d. l. si cognatis.

dicitur, quo'd tex. ille in quãtum decidit, quo'd legatum relictum cognatis intelligitur de cognatis natis uel conceptis tempore mortis testatoris & non de aliis natis uel cõceptis post eius mortem, loquitur & debet intelligi quando legatum fuit relictum cognatis testatoris. quo casu propria significatio illius indefinitæ [cognatis meis seu cognatis testatoris] non potest comprehendere natos & conceptos post eius mortem: quia tales nec sunt, nec dici possunt cognati testatoris nisi per quandam abusionem. l. item prætor. infrà de suis. & leg. d. l. i §. si quis proximior. cum aliis concord. sed ubi legatum relinquitur filiis uel cognatis alterius. puta: Titii illa indefinita ex propria significatione comprehendit natos & conceptos post mortem testatoris dummodo sint nati uel concepti ante' mortem Titii: igitur &c. Et si instares quo'd tex. in d. l. si cognatis. loquitur generaliter etiam in casu quando legatum esset factum cognatis alterius quám testatoris, respõdetur quo'd in illo text. ponuntur duæ decisiones. Prima quo'd legatum intelligitur de his, qui erant cognati tempore testamenti, non obstante quo'd post testamentum ante' mortẽ desierint esse cognati. Alia quo'd intelligitur etiam de his, qui reperiuntur cognati tempore mortis quámuis non essent cognati tempore testamenti. & iste duæ decisiones procedunt utroque casu siue sit legatum cognatis testatoris, siue cognatis alterius. Colligitur modo' ex illo text. alia tertia decisio á contrario sensu, uidelicet, quo'd legatum non intelligitur de his qui nascuntur & cõcipiuntur post mortẽ testatoris sed de his, qui solúm post mortem testantis facti sunt cognati. & ista tertia decisio solúm potest procedere in casu quando actum fuit de cognatis testatoris ob id, quia post mortem testantis non potuerunt effici eius cognati: sed non procedit quando actum fuit de cognatis alterius. puta. Titii: quia post mortem testantis potuerunt fieri cognati illius Titii, licet non possint fieri cognati testatoris: nec est necesse quo'd decisio, quæ colligitur á contrario sensu intelligatur ita generaliter & indistincte pro ut intelliguntur decisiones, quæ ponuntur in sensu directo. Quantum ad illam aliam rationem (quo'd testator non præsumatur uocare natos & conceptos post eius mortem; ex quo tales non possunt ab intestato succedere testatori) est clara solutio, quo'd quo'ad dictum effectum duplici ratione non possumus dicere quo'd testator uoluerit suam dispositionem intelligi iuxtà dispositionem iuris communis. Prima est quo'd dispositio iuris communis circà successionem intestati ideo' deficit in natis & conceptis post mortẽ defuncti: quia in illis cessat illud ius coniũctionis, propter quod lex defert hæreditatem aliquibus ab intestato d. l. titius. infrà de suis & leg. d. l. si quis filio exhæredato. in prin. uersi. cæterum. quæ ratio non potest considerari in dispositione testamenti: quoniam ex illa dispositione non uocantur propter ius aliquod coniunctionis inter ipsos & testatorem, sed quia dispositio testamenti ipsos comprehendit dúm generalis & propria significatio uerborum dispositionis ipsos continet. Secunda quia in dispositione de filiis uel cognatis alterius non possumus dicere, quo'd testator considerauerit coniunctionem filiationis seu cognationis inter ipsum & illos: sed solúm coniunctionem filiationis uel cognationis inter illum tertium, & eos, quos uocauit, cúm illos uocauerit non uti filios uel cognatos proprios, sed ueluti filios uel cognatos illius tertii; & propterea non possumus dicere quo'd testator uoluerit limitare suam dispositionem ad eos, inter quos & ipsum testatorem intercedit uinculum & ius coniunctionis. Quantum etiam ad aliam rationem affectionis ob benemerita erga testatorem ob quæ soleant legata fieri: dicitur quo'd quatenus dispositio legati uel substitutionis confertur in filios uel cognatos Titii nascituros; nõ possumus considerare aliquam rationem meritorum erga testatorem: quia talis considera tio non cadit in his qui nondùm sunt nati nec concepti, sed solúm cõsiderabilis est ratio affectionis, quæ sumitur ex contemplatione, & intuitu illius Titii: uel ob id, quia tales sunt filii uel cognati ipsius titii: quæ affectio fortè erat causata ob benemerita Titii erga ipsum testatorem, uel ob aliam rationẽ: & quia dicta ratio ita militat in his, qui nascuntur post mortem testantis, quemadmodũ in his, qui nascũ tur post testamentum ante' eius mortem; Igi 46 tur &c. Alia etiam pars prædictæ conclusio nis, uidelicet, quo'd dispositio non possit intel ligi de his, qui nascuntur & cõcipiuntur post quam cessit dies legati uel substõnis: nullã ẽt põt hẽre dubitationẽ: quoniã cúm de necessitate persona legatarii debeat ẽẽ capax tẽpore quo dies legati cedit (quia alias legatũ in eius persona est inualidũ. l. si alienũ §. in extraneis.

infrá'

infrà. de hæred. instit. Inst. de leg §. legari. & §. an seruo. l. ubi puré. infrà ad trebel. & illi qui nondùm sunt nati nec concepti tempore quo cedit dies legati non sunt capaces legati in dicto tempore, ex quo non sunt in rerum natura. l. prima §. & cùm triplici. C. de ead. tol propterea in eorum personis legatum non poterit esse ualidum, & consequenter de illis non
47 poterit intelligi. Magna tamen superest dubitatio iuxtà prædictam conclusionem, quando uidelicet intelligatur cedere dies legati uel substitutionis collatæ in filios uel cognatos Titii, quando intelligatur etiam de nascituris uel ob id, quia expressè uocauit non solùm natos, sed etiam nascituros: uel quia tempore testamenti Titius non habebat aliquos filios seu cognatos, uel habebat unicum tantùm, uel ob id quia præsupponimus illam opinionẽ, quam suprà firmauimus, uidelicet, quòd dispositio prædicta in dubio intelligatur etiam de nascituris post testamentum: quam dubitationem doct. nostri non resoluunt, & tamen eius resolutio est admodum necessaria ad perfectam intelligentiam & resolutionem prædictorum. Pro resolutione prædictæ dubitationis præsupponendum est prius, quòd huiusmodi dispositio collata generaliter in filios & cognatos alicuius intelligitur collata solùm in illos filios & cognatos, qui erunt capaces tẽpore quo cederet dies legati & substitutionis: nàm ista conditio inest tacitè in quolibet relicto, uidelicet. si persona legatarii uel substi
48 tuti erit capax. Ex hoc præsuppositio resultat quòd in d. legato uel substitutione collata generaliter in filios uel cognatos alicuius, inest ista tacita conditio. si extabunt filii uel cognati illius qui sint capaces. nàm dicta conditio subintelligitur de necessitate ratione personarum quibus relinquitur. l. i. ad fi. infrà de cõd. & ibi not. l. utrum. in prin. infrà de reb. dub. l. interdum infra. de uerbor. oblig. Præsupponendum etiam est, quòd ista conditio. si extabũt filii. quæ tacitè subintelligitur ratione personarum, quibus relinquitur facit legatum cõditionale & impedit diẽ legati cedere donec fuerit adimpleta. l. cum quidẽ ita. in ultimo responso. infrà de leg. 2. Bar. in l. cõditiones quæ extrinsecus. infrà de cõd. & demon. Soc. in l. i. eod. tit. de cond. Ale. Iaſ. & alii in. l. Sticum qui meus erit. infrà de leg. i. ubi etiam fusiùs per
49 nos fuit declaratum. Præsupponendum est etiam, quòd ista conditio. si extabunt filii uel cognati capaces legati. non potest dici defecta, ex eo quòd filii seu cognati qui erant nati tempore testamenti, uel qui nati sunt post testamentum deficiant antè mortem testantis dummodo supersit spes, quòd possint superuenire alii, qui sint capaces legati. & istud duplici ratione. Prima quia conditio nunquã potest dici defecta quoties spes est, quòd in futurum possit impleri. l. ita stipulatus §. primo. infrà. de uerb. oblig. Secunda quia legatum & conditio prædicta non intelligitur de illis, qui prædecesserunt & qui propterea non potuerunt esse capaces legati, sed de illis, qui poterunt esse capaces. Præsupponendum est etiam, quòd ad effectum, ut prædicta conditio, uidelicet. si extabunt filii uel cognati capaces. censeatur adimpleta & dicatur cedere dies legati non sit necesse, quòd nati sint omnes filii seu cognati, qui sperantur nascituri capaces legati: sed dicetur adimpleta statim quòd existant aliqui filii uel cognati capaces, quibus utiliter possit legatum cedere, &
50 tunc dies legati absolutè dicetur cedere. Et ratio est: quia illa indefinita [filiis & cognatis] potest in aliquibus uerificari. l. si pluribus. & quod ibi notatur. infrà de leg. primo. & cùm dicta conditio sit adimpleta quòd ad illos qui tunc existunt capaces, non est æquum, quòd prætextu eorum qui sperantur nascituri censeatur non adimpleta & impediatur nè dies legati cedat. Non enim possumus dicere, quòd licet dicatur adimpleta conditio quòd ad illos, qui tunc existunt, non tamen quòd ad alios qui sperantur nascituri; quoniam hoc attento sequeretur, quòd istud legatum quod est unicum in quibuscunque filiis uel cognatis coniunctis sub ista indefinita diceretur diuersis temporibus cedere aut purificari: nàm quòd ad illos, qui tunc existunt legatum de præsenti diceretur cedere & purificari: sed quòd ad alios qui sperantur nascituri, in futurum diceretur cedere uel purificari. contrà illam regulam. quòd unicum legatum seu fideicom. eod. tempore insolidum cedit & purificatur. l. cùm in annos. cũ duab. sequentibus. l. si ususfructus. infrà quand. dies. leg. ced. declarat Bar. in l. cũ illud aut illud eo. tit. quand. dies. quemadmodum etiam stipulatio semel comissa ampliùs non committitur. l. si quis ita stipulatus. infrà de uerbor. oblig. Ex prædictis præsuppositis, quæ iudicio meo sunt uera, nec possunt in dubium probaliter reuocari resultat declaratio prædictæ dubitationis, & quando dicatur ce-

dere dies legati uel ſubſtitutionis collatæ in filios uel cognatos alicuius, eo caſu quo comprehendit etiam naſcituros: nam conſideran
§ 1 di ſunt plures caſus. Primus quando in iſto legato relicto filiis uel cognatis nulla alia eſt adiecta conditio, & in hoc caſu concludendum eſt, quod ſi tempore mortis teſtantis extabunt aliqui filii uel cognati ex his, qui erant nati tempore teſtamenti, uel ex his, qui poſt teſtamentum nati ſunt capaces d. legati, quod ſtatim in morte teſtantis in eorum perſonis dicetur adimpleta illa tacita conditio, ut ſi extabunt filii ſeu cognati capaces & in eorum perſonis cedet dies legati, de illis ſolum legatum intelligetur: alii autem qui ſuperuenirent poſtea cenſerentur excludi: ex quo nondum erant in rerum natura quando ceſsit dies legati (ut patet ex his, quæ dicta ſunt ſuprà in ultimo præmiſſo.) ſi uero tempore mortis nulli extarent filii uel cognati capaces d. legati uel quia nulli eſſent nati, uel nati forent prædefuncti: hoc caſu dies huius legati non cederet tempore mortis teſtantis, ex quo nondum eſſet adimpleta iſta conditio. ſi extabunt filii uel cognati capaces legati. quæ tacitè ſubintelligitur in. d. legato donec eſt ſpes, quod tales filii poſſent ſuperuenire. Non enim poteſt dici defecta in illis qui prædeceſſerunt (ut dictum fuit ſuprà in 3 præmiſſo) & iſta conditio antequam fuerit adimpleta impedit diem legati cedere (ut dictum fuit ſuprà in ſecundo premiſſo) ſed poſtquam ſuperuenerint aliqui filii uel cognati capaces, tunc in eorum perſonis ſtatim adimpleta diceretur conditio, & ſtatim diceretur cedere dies legati quàmuis alii ſperantur naſcituri: (ut dictum fuit ſuprà in quarto præſuppoſito) & alii qui deindè naſcerentur poſt iſtos remanerent excluſi, ex quo nondum erant in
§ 2 rerum natura quãdo ceſsit dies legati. Alius caſus eſt quando in dicto legato relicto filiis uel cognatis eſt adiecta aliqua alia conditio expreſſa, quæ non reperiatur purificata in morte teſtantis: & in caſu iſto concludendum eſt illud idem de tempore purificatæ conditionis, quod ſuprà in caſu præcedenti concluſum fuit de tempore mortis, uidelicet, quod de filiis & cognatis prædefunctis antè euentum. d. conditionis expreſſæ, non intelligetur legatum, nec illa conditio. ſi extabunt filii uel cognatis. in eorum perſonis intelligetur defecta: ſed ſi tempore purificatæ conditionis expreſſæ extabunt aliqui filii, de illis intelligetur legatum, & in eorum perſonis dicetur adimpleta iſta conditio tacita, & in eorum perſonis cedet dies legati: alii uero qui poſtea ſuperuenirent non admitterentur: & ſi tempore purificatæ conditionis expreſſæ nulli extarent filii, tunc legatum intelligeretur de illis, qui poſtea primi naſcerentur & in eorum perſonis adimpleretur illa tacita conditio, uidelicet ſi extarent filii & in eorum natiuitate dies legati cederet excluſis aliis, qui poſtea naſcerentur: attentò quòd nondùm erant in rerum natura, neque capaces quando ceſſit dies legati. Et prædicta fuerunt de mente Ioan. Andr. in addit. ad Specul. ſuper Rub. de teſtam. nam dùm dicit, quòd filii poſtea nati non admittuntur cum filiis primis natis, ex quo nondùm erant in rerum natura tempora quo ſubſtitutio uindicauit ſibi locum, apertè præſuppoſuit, quòd ſolùm excluduntur illi filii, qui nati ſunt poſtquam ſubſtitutio uindicauit ſibi locum & poſtquam priores fuerint admiſsi: & conſequenter præſupponit quòd dies ſubſtitutionis non dicatur cedere antequam uindicauerit ſibi locum in perſonis aliquorum filiorũ; undè infertur quòd ſi filii fuerunt prædefuncti antè euentum conditionis, & tempore quo euenit conditio nulli exiſtant filii & ſperantur aliqui naſcituri, dies ſubſtitutionis dicatur cedere ſolùm quando potuit uindicare ſibi locum in illis, qui primi nati poſtea fuerint, & poſteriores excludãtur. Prædicta abſque dubio procedunt in lega to, quod confertur ſolùm in filios uel cognatos Titii indefinitè: ſed dubitatio eſt in caſu quo confertur in Titium & eius filios, uel in
§ 3 ſeium & filios Titii. Ratio dubitationis eſt, quia in iſto etiam caſu uidetur eſſe unicum legatum in Titio & eius filiis, uel in Seio & filiis Titii: undè uidetur dicendum quòd ex quo nulla fuit adiecta conditio expreſſa, ſtatim in morte teſtantis cedat dies legat in perſona Titii, uel Seii, uel ſi ſit adiecta conditio expreſſa quòd ſtatim purificata conditione cedat dies legati: & ideò quòd prædictũ legatũ nõ poſsit intelligi de filis, qui naſcerentur poſt mortẽ teſtantis uel poſt euentũ cõditionis expreſſæ, tãquã nõdũ eſſent in rerũ natura nec capaces quando ceſsit dies legati. adeò q̃ ſi tunc nulli extarent filii legatum inſolidùm cederet prædictis Titio uel Seio, nec ex poſt facto poſſet cedere filiis, qui naſcerentur: quia iſtud legatum ucluti unicum nõ debet diuerſis temporibus cedere. (ut ſuprà dictum

ctum fuit:) Hoc tamen non obstante concludendum est, quod dictum legatum non antea dicetur cedere quoad filios nisi postquã uindicauerit locum in persona alicuius filii: non autem sufficit si uendicauerit sibi locum in persona Titii uel Seii. istud non potest habere dubitationem in illo legato, in quo coniunguntur Titius & eius filii præsuppositа illa opinione quòd in eo admittatur illa interpretatio ordinis successiui: quoniam absque dubio huiusmodi legatum licet ratione rei dicatur unum, quia est de una re; quò tamen ad personas dicetur duplex, unum uidelicet collatum in personam Titii pure & simpliciter, aliud collatum in eius filios sub illa conditione. si legatum non habuerit effectum in persona Titii. & legatum quoad filios Titii non cedit eodem tempore, quo cedit legatũ quatenus respicit personam Titii: quia quoad Titium legatum cedit á die mortis: quo uero ad eius filios cedit á die quo certum est legatum non posse habere effectum in persona Titii. quod etiam sensit Alex. d. consi. 14. colum. iiii. in 4. qui propterea concludit, quòd in dicto legato admittuntur filii Titii, qui existunt tempore, quo certum est legatum non posse habere effectum in persona Titii licet non essent adhuc in rerum natura quando legatum cesit in persona Titii. Quo stante sequitur quod nihil obstat, quare in dicto legato quatenus respicit personas filiorum Titii non dicamus contineri illam cõditionem taeitam. si extabunt filii, qui possint capere. & consequenter sequitur, quod militabunt omnia, quæ supra dicta sunt in casu, quo legatũ esset collatum indefinite' solùm in filios Titii. Idem etiam concludendum est quando legatum foret relictum Seio & filiis Titii, quia licet hoc casu non admittatur interpretatio ordinis successiui: attamen legatum ipsum quoad Seium diceretur purum, & quoad filios Titii diceretur conditionale sub illa tacita conditione. si extabunt filii Titii capaces legati. præsuppositо tamen quod legatum in-
54 telligatur etiam de filiis nascituris. Non enim est inconueniens q legatũ factum duobus coniunctis, quòad unum censeatur purum, & quoad alium cõditionale. l. fin §. Seio. infrá. de lega. 2. l. Iulius Paulus. infrá de condi. Bart. & alii in l. mulieri & Titio. infrá. de cõd. l. Sæiæ §. Caio. infra' de fund. instruct. nec propterea dicetur idem legatum diuersis temporibus cedere: ex quo licet legatum relictum Seio & filiis Titii sit unum quoad identitatẽ rei, habetur tamen ueluti legatum duplex in quãtum fuit per testatorem distributum per partes saltem quoad eius uim & efficaciam inter Seiũ & filios Titii. l. cui fundus. in principio. infra'. de cond. l. i. C. si plur. una sententia. l. legata inutiliter § fin. infra' de leg. i. l. eum qui ita. l. si mihi & Titio. infra' de uerb. oblig. & declaratum fuit in l. re coniuncti. infra' de leg. iii. quod tamen non possumus dicere in legato relicto pluribus cõiunctis sub uno nomine plurali uel collectiuo: nam ex quo legatum non poeest dici distributum per partes per ipsum testatorem, ideo non potest cẽ seri duplex, sed unicum tantúm in omnibus coniunctis: & ideo non poterit diuersis temporibus cedere. ut dictum fuit supra'.

55 Quid autem si dictum sit. lego filiis Titii tãnatis, quam nascituris. respondetur, quod ex quo etiam in casu isto intelligitur omnino unicum legatum in omnibus filiis, quia sunt coniuncti sub unico nomine huius indefinitæ [filiis] propterea non potest diuersis temporibus cedere. d. l. cùm in annos. cum aliis præallegatis. & ideo' in casu isto procedent omnia quæ supra' dicta fuerunt, uidelicet, q huiusmodi legatum dicetur continere illam conditionem tacitam. Si extabunt filii, qui sint capaces legati. quæ conditio dicetur adimpleta illico' q legatum habuit effectũ in persona alicuius filii, & tunc legatum dicetur cedere. alii uero' qui postea nascerentur nõ possent admitti, ex quo nondum erant in rerum natura, nec capaces tempore quo cesit dies legati: nec debet esse differentia, an legatum fuerit expressum in specie de filiis nascituris, an uero' expressum solúm in genere de ipsis filiis nascituris, sub illa uidelicet generali & propria significatione illius indefinitæ [filiis] quia regulariter non interest inter expressum in specie, & expressum in genere. ut firmant Bart. & doct. in l. i. infra' de uulg. Prædicta tamen non possunt procedere quando esset legatum singulis filiis Titii tam natis, quam nascituris: quo casu essent tot legata, quot filii: quoniam in casu isto essent admittendi oẽs filii quandocunque nascituri, nec propterea quod legatum uendicasset sibi locum in aliquibus filiis, idcirco' cæteri qui postea nascerentur forent excludendi, sed potiùs admittendi; quia nullus ipsorum diceretur nasci postquam cesit dies legati. Cuius conclusionis ea est ratio, quod in casu isto cum intelligantur

gantur tot legata, quot filii ex quo singulis certa quantitas fuit legata, consequenter in singulis legatis dicentur inesse singulæ conditiones. Gratia exempli in legato, quod respicit personam primi filii, illa conditio. Si existat primus filius. & in legato, quod respicit personam secundi, illa conditio. Si ille secundus filius extabit. & sic de singulis, quàmuis igitur cedet dies legati, quod respicit primum filium & in eius persona habuerit effectum: non ideò tamen dicetur cedere dies legati, quod respicit secundum filium antè eius natiuitatem: quia illa conditio. Si ipse secundus filius extabit. non dicetur adimpleta antè eius natiuitatem, & sic de reliquis: & propterea nullus filius dicetur nasci postquam cesit dies legati sibi facti, prout dicitur nasci postquàm cesit dies legati sibi facti quando est unicum legatum generale in quibuscunq; filiis. (ut suprà dictum fuit.)

Ex prædictis etiã sequitur, ꝙ opinio Octon. Lapi. Marian. Soci. Ioan. Bat. de sancto Seuer. & Fran. de Aretio. de qua in consiliis & subscriptionibus ipsorum insertis inter consilia Soci. consilio 152. in primo. non solùm ueniat reprobanda ob id, quia præsupponit, quòd licet in casu suo substitutio intelligatur de filiis nascituris post testamentum; quòd tamen nõ intelligatur de nascituris post mortem quàmuis nascantur antequã eueniat conditio substitutionis & cedat dies fideicommissi: quia (ut dictum fuit suprà) omninò intelligi debet etiam de filiis nascituris antè euentum conditionis, licet post mortem testantis: sed etiam uenit reprobanda dùm præsupponit, quòd licet substitutio non potuerit habere effectum in filiis natis tempore testamẽti, uel in natis post testamentum antè mortẽ testantis: non ideò tamen debeat intelligi de filiis nascituris post mortem testãtis: quoniam istud præsuppositum est falsum: attentò quòd in casu isto (ut dictum fuit suprà) substitutio non solùm intelligeretur de nascituris post mortem testantis: ueruùm etiam de nascituris post mortem hæredis grauati.

QVARTA quæstio est, an in casibus, in quibus inter patrem & filios copulatiuè uocatos in aliqua institutione uel substitutione admittatur interpretatio ordinis successiui, ordo successiuus intelligi debeat solùm quòad uulgarem, an uerò etiam quòad fideicommissariam. Circa quam communiter doct. uidentur residere in ista distinctione, ꝙ si in hac institutione seu substitutione, in qua copulatiuè uocantur pater & eius filii non adest aliquod uerbum denotans tractum successiuum, ordo successiuus intelligitur solùm quòad uulgarem: ita ꝙ admisso patre ex illa institutione seu substitutione pænitùs & omninò eius filii intelligantur excluſi & expiret omninò substitutio, per quam eius filii uidebantur substituti post patrem. Vbi uerò adsit aliquod uerbũ denotans tractum successiuum, tunc inter patrem & eius filios ordo successiuus intelligetur non solùm quòad uulgarem, sed etiam quòad fideicommissariam: ita quòd filii censebuntur substituti nõ solùm in casu quo eorum pater nõ fuerit admissus, sed ẽt postquã fuerit admissus & exindè decesserit. Dũ enim doct. cõmuniter concludunt ꝙ inter patrem & eius filios copulatiuè uocatos ordo successiuus in dubio intelligatur solùm quòad uulgarem. ut per Bart. Cumo. Alex. Soci. Ias. & alios hic. Deci. consi. 205. & consi. 383. Soci. consi. 113. colum. 2. uersi. ad ista omnia respondetur. & consi. 73. colum. 5. uersi. aliquando plures uocati ordine successiuo. in 4. Ruin. consi. 200. nume. 5. & consi. 23. nume. 3. & consi. 92. nume. 7. & consil. 78. nume. 6. in 2. & in pluribus aliis consiliis. Rip. in l. hæredes mei §. fin. infrà. ad Trebel. Soci. iun. consi. 81. in 3. dùm etiam concludunt quòd ubi adest uerbum aliquod denotans tractum successiuum; ordo successiuus intelligatur etiam quòad fideicommissariam: de qua per Soci. consi. 12. in 3. & per Deci. in d. consi. 205. Curt. iun. consi. 48. Soci. iun. consi. 136. nume. 28. in 3. resultat, quòd communiter doct. residentes in prædicta distinctione: quæ distinctio iudicio meo est uera & prorsus indubitata; Ad cuius comprobationem & per resolutione omnium, quæ adduci possunt in contrarium aduertendum est, quòd in primo mẽbro distinctionis suæ, uidelicet, quòd ordo successiuus intelligatur solùm quòad uulgarem quando non adest uerbum denotans tractum successiuũ, doct. præsuppoſuerunt duo. Primum quòd ratio per quam inter patrem & filios copulatiuè uocatos suadetur interpretatio ordinis successiui adaptatur solùm ad istum ordinem quòad uulgarem, non autem quòad fideicommissariam. Secundum quòd ex eo, ꝙ cõstet de uoluntate disponentis, quòd inter patrem & eius filios copulatiuè uocatos procedat interpretatio ordinis successiui quòad uulgarem

56

rem non infertur coniectura uoluntatis testantis efficax ad inducendum, q̃ inter eos ordo successiuus intelligatur etiam quo' ad fideicommissariam, si igitur demõstratum fuerit q̃ ista duo præsuppositа sunt uera & prorsus indubitata, de necessitate concludendum uenit, quo'd nullam habeat dubitationem primum membrum, seu prima conclusio prædictæ distinctionis: nam si non adest aliquod uerbum denotans tractum successiuum, ex quo possit inferri sensus ordinis successiui quo' ad fideicommissariam: si etiam ratio uel causa suadens interpretationem ordinis successiui non adaptatur ad sensum huius ordinis quo' ad fideicommissariam, & ex eo quia testator uoluit intelligi istum ordinem quo' ad uulgarem, non infertur quo'd uoluerit intelligi dictum ordinem quo' ad fideicommissariam sequitur, quo'd nil subest, ex quo possit sumi sensus huius ordinis quo' ad fideicõ-
57 missariam substitutionem. Quo'd autem primum præsuppositum sit uerum, patet discurẽdo singulas rationes seu causas, per quas inter patrem & filios suadetur intellectus ordinis successiui: nam quo' ad illam causam necessitatis præcisæ ubi filii non possent uocari in primo gradu cum eorum patre, sed solum in secundo gradu post patrem quæ causa secundum doct.) contigebat in casu institutionis filii & nepotis posthumi ex eo quia in casu principii legis nostræ, uel ẽt in alio casu secundum nos (ut declarauimus supra' in principio primæ quæstionis) clarũ est, q̃ hæc causa necessitatis præcisæ licet militet ad suadendum ordinem successiuum quo' ad uulgarem: nullo tamẽ modo potest adaptari ad interpretationem ordinis successiui quo' ad fideicommissariam: quia nulla est necessitas substituendi per fideicõmis. filios post mortem eorum patris, & postquam eorum pater consecutus fuerit hæreditatem testatoris. Similiter quo' ad illam aliam rationem seu causam necessitatis causatiuæ, ubi ne' pater rũpat testamentum debet instituí in primo gradu, eius autem filii de necessitate non sunt instituendi in primo gradu, sed sufficit illos instituere in secundo ad hoc, ne' uti præteriti rũpant testamentum. quæ causa seu ratio (secũdum doct.) est apta ad inducendum interpretationem ordinis successiui inter patrem & filios copulatiue' institutos, qua'muis nos prædictam rationem ita indistincte' non admittamus. (ut diximus supra' in prima quæstione.) clarum est quo'd prædicta ratio solum adaptatur ad suadendũ istum ordinem quo' ad uulgarem, non autem potest adaptari ad interpretationem huius ordinis quo' ad fidei commissariam: quia nulla est necessitas nec præcisa, nec causatiua substituendi filios per fideicommis. post mortem eorum patris hæredis instituti. Idem & multo' magis dicendum est in illa ratione seu causa, quæ fuit per nos ultra' doct. considerata, uidelicet, quando apparet quo'd intuitu & contemplatione patris, eius filii fuerunt copulatiue' adiecti & uocati in dispositione cum patre, quo casu interpretatio ordinis successiui inter eos sumitur ob id, quia adiectio filiorum non intelligitur facta ad præiudicium eorũ patris: nam prædicta ratio etsi pertineat ad inducendum interpretationem ordinis successiui quo' ad uulgarem: non tamen potest adaptari ad interpretationẽ dicti ordinis quo' ad fideicõmissariam cum pertineat potius ad excludendum istam interpretationem: ex quo interpretatio huius ordinis quo' ad fideicommissariam efficeret q̃ adiectio filiorum in dispositione pertineret ad præiudicium & grauamen eorum patris. Idem etiam concludendum est circa' illam aliam rationem, seu causam ordinatæ charitatis & affectionis testatoris erga illum patrem & eius filios copulatiue' in eadem dispositione uocatos: nam licet uelemus præsupponere opinionem Bart. q̃ ista causa sufficiat ad hãc interpretationem ordinis successiui inter patrẽ & filios: attamen solum adaptatur ad suadendum ordinem quo' ad uulgarem, non autem quo' ad fideicommissariam. ut est de mente doct. comuniter quidquid hic dicat Paul. de Castr. qui arbitratur q̃ ista causa ita adaptetur ad interpretationem huius ordinis quo' ad fideicommissariam, sicut quo' ad uulgarem. & opinio communis probatur concludenti ratione: quia cum ista causa ordinatæ charitatis & affectionis pertineat ad inducendum istam interpretationem ordinis successiui inter patrem & filios ad commodum & beneficium patris ad impediendum, ne' filii copulatiue' uocati in dispositione faciant sibi partes in illo relicto, sequitur q̃ nõ potest adaptari nisi ad interpretationem ordinis quo' ad uulgarem: quia iuxta' istam interpretationem adiectio filiorum non potest redundare in aliquod præiudicium patris: nõ autem potest adaptari ad interpretationem ordinis quo' ad fideicommissariam, quia

iuxta'

iuxtà istam interpretationem adiectio filiorum in dispositione redundaret in præiudicium & grauamen patris. Quidquid tamen sit de hac ratione sumpta ex sola causa ordinatæ charitatis & affectionis non est curandum: attento q̃ secundum ueram & communem sententiam ista sola causa non sufficit ad hanc interpretationem ordinis successiui nisi concurrat illa alia causa, q̃ adiectio filiorum in dispositione censeatur facta intuitu & contẽplatione eorum patris. (ut declaratum fuit su
58 prà in prima quæstione.) Quòd etiam aliud præsuppositum, uidelicet, quòd ex ordine successiuo quòad uulgarem non possit inferri coniectura efficax ad inducendum interpretationem huius ordinis quòad fideicommissariam nullam habeat dubitationẽ, & manifestè patet ex pluribus. Et primò quia sicut ex uulgari substitutione non potest inferri fidei commissaria & in uulgari non continetur fideicommissaria. l. nàm hoc iure. infrà de uulg. & tradunt oẽs in l. Centurio. eod. tit. de uulga. & in l. præcibus. C. de impub. ita etiam ex ordine successiuo quòad uulgarem non potest inferri ordo successiuus quòad fideicommissariam, & ordo successiuus quòad fideicõmissariam non continebitur in ordine successiuo quòad uulgarem: ex quo ordo successiuus quòad uulgarem inter patrem & filios id solùm continet, quòd filii intelligantur substituti eorum patri per uulgarem, & ordo successiuus quòad fideicommissariam continet, q̃ filii intelligãtur substituti eorum patri per fideicommissariam & pater intelligatur gratuatus post mortem restituere filiis suis. Secundò cùm ordo successiuus quòad uulgarem efficiat q̃ adiectio filiorũ in dispositione non redundet in aliquod præiudicium & grauamen patris: sed ordo successiuus quòad fideicommissariam operatur, quòd adiectio filiorum redundet in patris præiudicium & grauamen. igitur nullo modo ex ordine quòad uulgarem poterit inferri ad ordinem quòad fideicommissariam: quia (ut declaratũ per nos fuit in l. Centurio de uulg. & in illo tract. si non ualet quod ago ut ago. inserto in l. i §. si quis ita. ff. de uerb. oblig.) nullo modo ex directa substitutione etiã in casu quo aliter non posset esse ualida potest inferri ad fideicommissariam, quæ pertineat ad inducendum aliquem effectum pœnitus diuersum ab illo, ad quem pertineret ipsa directa quæ agebatur & quam uerba significabant in quibus terminis (ut ibi fuit declaratum) præcisè loquitur tex. in l. uerbis ciuilibus. & l. in pupillari. infrà. de uulg. & in l. si seruus legatus § si seruus alienus. infrà de leg. i. ad quod etiam facit illa uulgata regula. l. Papinianus exuli. de minor. & l. fin.
59 ff. de calum. Prædicta conclusio, quòd ordo successiuus inter patrem & filios intelligatur solùm quòad uulgarem, ubi non adest aliquod uerbũ denotans tractum successiuum, procedit etiam in casu quo pater & eius filii essent copulatiuè uocati in substitutione compendiosa facta filiis testatoris hæredibus institutis. puta. quia testator instituto filio, eidẽ quandocunque decesserit sine filiis substituisset fratrem & eius filios, uel Titium & eius filios: nàm posito q̃ essemus in casu, in quo esset admittenda interpretatio ordinis successiui inter fratrem & eius filios (quia actum esset de quibuscunque filiis fratris, ut declaratum fuit suprà in prima quæstione) iste ordo successiuus intelligeretur solùm quòad uulgarem, non autem quòad fideicommissariam, quia licèt substitutio facta filio instituto sit fideicõmissaria: tamen substitutio in eo fideicommisso inter fratrem & eius filios inter se censeretur solùm uulgaris, non autem fideicommissaria: quoniam etiam in *legatis & fideicommissis* potest fieri uulgaris substitutio. l. ut hæredibus. infrà de leg. ii. l. i §. sin aũt sub conditione. C. de cad. tol. & istud firmàt Cuman. & alii hic. ut hic attestatur Soci. in quinto & ultimo casu. & idẽ Soci. consi. 113. column. 4. in 1. & consi. 73. colum. 5. in 4. & Deci. consi. 384. col. fin. Ruin. consi. 92. nume. 5. in 2. Soci. iun. consi. 81. in 30. quæ ampliatio probatur manifestè ex prædictis: nã quia in casu isto interpretatio ordinis successiui inter patrem & eius filios sumitur solùm ex ilIa causa, quia filii censentur adiecti in hac substitutione intuitu & contemplatione eorũ patris, & consequenter censeri debet facta in eũ sensum, ut non pertineat ad præiudicium & grauamen eorum patris, de necessitate concludendum est, quòd iste ordo successiuus inter patrem & filios nõ possit intelligi quòad fideicommissariam. Quæ ampliatio procederet quàmuis prædicta substitutio esset facta post mortem plurium filiorum testatoris, qui essent instituti hæredes & inuicẽ substituti, quia etiam in casu isto militaret prædictum fundamentum. pro quo etiam facit, quia si ex eo, quòd post mortem plurium filiorum testator substituit, non colligitur coniectura

iectura, quæ sit efficax ad inducendum recipro-
cã inter ipsos filios, quibus facta fuit sub-
stitutio nisi duo concurrant, uidelicet, quo'd
substitutio sit expresse' facta ultimo filio &
expresse' intota hæreditate. ut tradunt Bart. &
alii in l. titia Seio §. Seia libertis. infrà. de
leg. ii. in l. uel singulis. & de uulg. concludunt
comuniter doct. in l. pæn. C. de impub. & tra-
dunt Soci. & Rip. in l. hæredes mei §. cũ ita
infra' ad treb. post alios quos referunt. quãto
minus ex eo solũ q̃ substitutio sit facta post
mortem plurium filiorum poterit sumi con
iectura efficax ad inducendum, q̃ ordo suc-
cessiuus inter fratrem & eius filios substitutos
intelligatur quò ad fideicommissariam &
sic ad inducendũ fideicõmissum, per quod
frater post eius mortem uideatur grauatus re
stituere filiis suis: maximè attenta illa cõmuni
regula, q̃ substitutio regulariter non extendi
tur de persona ad personam, sicut nec etiam
alia prouisio. l. si unus §. ante' omnia. ff. de pact.
l. si quis ita §. pæn. s. de testamen. tutel. quam re
gulam in specie firmat Aret. infrà. ead. lege §.
& quid si tantum. col. iiii. & Deci. consi. 377.
nume. 8. Ruin. consi. 127. nu. 9. in 2. & consi.
85. nu. 2. in 3. quemadmodum etiã cessat sub-
stitutio quotiens uariatur persona substituti.
ut firmat Bart. suprà ead. l. in principio. col. ii.
per tex. in l. commodissimè. suprà' eo. quod ẽt
tradunt communiter doct. ut attestatur Rip.
in l. i. nu. 92. inf. de uulg. Et si quis diceret quo'd
quemadmodum testator fecit fideicommissa
riam post mortem filiorum, quos magis di-
lexit, sumi etiam debet coniectura, q̃ uoluerit
facere fideicommissariam post mortem fra-
tris substituti, quem minus dilexit. argumẽto
l. Publius. infrà de cond. & dem. & quia una
pars testamenti declaratur per aliam. l. qui fi-
liabus. in principio. l. si seruus pluriũ §. fin. inf.
de leg. i. respondetur quo'd obiectum proce-
deret si extarent in casu nostro aliqua uerba
ambigua uel obscura, quæ mediante aliqua
interpretatione essent apta ad significandum
fideicommissariam substitutionẽ post mortẽ
fratris: na'm tunc ad hanc interpretationẽ suf-
ficeret illa coniectura sumpta ex eo, quo'd te-
stator plus diligat filios institutos, qua'm fra-
trem substitutũ, & ex eo quod in alia parte te
62 stamenti disposuit. In istis enim terminis
quando agitur de interpretatione seu declara
tione alicuius uerbi ambigui uel obscuri, lo-
quitur & procedit decisio. d. l. publius. & re-
gula de qua in d. l. qui filiabus. & in d. §. fin. sed
non potest prædictum obiectum militare in
casu nostro, in quo non adsunt aliqua uerba,
quæ mediante aliqua interpretatione seu de-
claratione, possint esse apta ad significandum
hanc substitutionem fideicõmissariam post
mortem fratris: uerũ agitur de inducendo di
ctam fideicommissariam ex sola coniectura
uoluntatis præter & ultra' omnem uerborum
significationem, ad quod non sufficit tacita
uoluntas nisi illa inferatur in necessariam con
sequentiam alicuius expressi. ut post Bald. in
l. i. C. de his qui antè apert. tab. & post plures
alios, quos refert declarat Soci. in d. l. hæredes
mei §. cum ita. colum. iiii. & in. l. in ambiguo.
63 infrà de reb. dub. & in casu isto militat illa re-
gula, quo'd uerba testamenti non important
istam substitutionem fideicõmissariam post
mortem fratris, igitur censeri debet quo'd te-
stator noluerit illam facere. de qua per Ioan.
And in addit. ad specul. in titu. de testam §. i.
uersi. occurritur. ad fin. cum pluribus cõcord.
de quibus per Soci. consi. 62. col. iii. uersi. & in
primis. in 3. & consi. 63. col. viii. uersi. sed præ
64 misis non obsistentibus. in 3. Ampliatur
etiam prædicta conclusio, ut procedat in le-
gato relicto copulatiue' fratri & eius filiis, uel
Titio & eius filiis: na'm licet essemus in eo ca
su, in quo sumitur interpretatio ordinis suc-
cessiui: tamen iste ordo successiuus intellige-
retur solum quo' ad uulgarem, non autẽ quo'
ad fideicommissariam ubi non adessent uer-
ba, quæ denotarent tractum successiuum: nã
oẽs rationes superiùs consideratæ non minùs
militant in legato, in quo copulatiue' uocãtur
frater & eius filii, qua'm in substitutione cõpẽ
diosa, in qua copulatiue' uocãtur frater & eius
filii. & hanc ampliationem in specie firmat
Ruin. consi. 100. n. 4. in 2. & licet ipse loqua-
tur in legato relicto fratri & eius filiis post an
nos. 18. quo tempore potuit faciliter contin-
gere, quo'd frater nõ supereset, & sic eueniret
casus uulgaris: tamẽ idem concludendũ est ẽt
in legato puro: ex quo ẽt in eo põt cõtingere
casus uulgaris substõnis inter fratrẽ & eius fi-
lios: na'm licet nõ sit uerisimile, q̃ frater repu
diet legatũ, ex quo titulus legati ẽ merè lucra-
tiuus. l. si hæreditatẽ. ff. mãd. tamẽ casus uulg.
in hmõi legato põt cõtingere eueniẽte casu, q̃
frater post testamentũ antè mortẽ testãtis de
cedat, quo casu legatũ in persona fratris effice
retur caducũ l. i. §. pro secũdo. C. de cad. tol. cũ
aliis cõcord. & ideò non possumus dicere, q̃
hic ordo sit intelligendus quò ad fideicom-

missariam ob id, quia non possit in isto legato contingere casus uulgaris. est uerum q̃ Soci. iun. consi. 136. nu. 19. & 28. in. 3. uidetur dubitare de hac ampliatione ob istam rõnem: quia uerisimile est, q̃ testator in huiusmodi legato intellexerit de ordine successiuo quo' ad fideicõmissariã: ex quo non est uerisimile q̃ debeat inter fratres & filios euenire in isto legato casus uulgaris; attamen Soci. loquitur in casu quo concurrebant plura alia, quæ denotabant tractũ successiuũ in dicto legatò, & suadebant illum ordinem esse intelligendum quò ad fideicommissariam. quibus cessantibus de mente ipsius uidetur esse, quo'd etiã in legato ordo successiuus intelligendus esset solùm quo'ad uulgarẽ, non aũt quò ad fideicõmissariam. & prædicta rõ in contrariũ considerata tollitur ex his, quæ statim diximus.

65 Aliud ẽt membrum dictæ distinctionis, seu alia conclusio doct. uidelicet, q̃ ordo successiuus intelligatur ẽt quò ad fideicõmissariã quãdo adest aliquod uerbũ denotãs tractum successiuum, nullam etiã potest habere dubitationem: nàm doct. in hac sua cõclusione loquuntur quando adest aliquod uerbum denotans uoluntatem testantis esse, q̃ ipsa substitutio, in qua copulatiuè sunt substituti frater & eius filii, uel Titius & eius filii, habeat tractum successiuum, id est, quo'd executio uel effectus. d. substitutionis nõ terminetur in uno actu, sed porrigatur ad plures alios actus successiuos, & cõsequenter q̃ prædicta substitutio habeat effectum ẽt postquã habuerit executionem in persona fratris & postquã frater fuerit admissus: & quia postquã substitutio habuit effectum in persona fratris & ipse frater fuit admissus, substitutio prædicta non põt habere alium effectũ, quã fideicõmissariæ substitutionis, per quã frater intelligatur grauatus post mortẽ restituere hæreditatem filiis suis. l. post aditã C. de impub. cũ aliis concord. igitur de necessitate in casu isto ordo successiuus intelligẽdus ẽ ẽt quo'ad fideicõmiss. Iuxtà prædictã distinctionẽ suboritur alia quinta quæstio, uidelicet, quãdo in illa dispositiõe seu substitutione, in qua copulatiuè uocantur frater & eius filii seu eius descendẽtes, dicantur adesse uerba, quæ denotent tractũ successiuũ: quæ diuiditur in plures casus seu in plures dubitationes.

66 Primus casus est quãdo adsunt uerba, quæ explicitè & in specie significant ordinẽ successiũ quo' ad fideicõmissariã inter fratrẽ & eius descendentes. Secundus est quando, licet non adsint uerba, quæ in specie denotent dictum ordinẽ quo'ad fideicom. tamen adsunt uerba quæ ex sui generali & propria significatione cõprehendunt ordinẽ successiuũ in utroq; casu, uidelicet, uulgaris & fideicommissariæ. Tertius casus est quãdo, licet nõ adsint uerba quæ uel in specie, uel in genere significent istũ ordinẽ successiuũ quo'ad fideicom. inter fratrẽ & eius descendentes; adsunt tamen uerba, quæ ex natura sua denotant ordinẽ successiuũ quò ad fideicõmis. inter descendentes fratris inter se. Quartus est quando nulla adsunt uerba, quæ denotent hunc ordinẽ quo'ad fideicõmissariã inter fratrem & descendentes nec inter descendẽtes: sed adsunt aliquæ cõiecturæ, quæ colligi possunt ex dispositis in testamento denotãtes istũ ordinem successiuũ quo'ad fideicõmissariã. Circa' primũ casum nulla põt esse dubitatio, quin intelligi debeat iste ordo successiuus nõ solũ quò ad uulgarẽ: uerũ ẽt quo'ad fideicõmissariã inter fratrem & eius descendentes si adsunt uerba, quæ explicitè & in specie significent istũ ordinẽ quo' ad fideicõmissariã. & istud procedit nõ solũ in casu quo frater & eius descendentes sint uocati in substõne cõpendiosa facta filio hæredi instituto: uerũ etiã si essent uocati in ipsa directa institutione uel in sola directa substitutione: quoniã omni casu necesse est, q̃ intelligamus esse inductã fideicõmissariam substitutionem, per quã frater censeatur grauatus per fideicõ. restituere hæreditatem filiis & descendentibus suis si sunt uerba, quæ in specie significent. d. fideicõmissariã. Dubitatio cõsistit solũ in declarãdo quæ sint ista uerba, quæ in specie significent istum ordinem quo'ad fideicõmissariam inter fratrem & eius filios seu descendentes: quæ dubitatio non põt procedere ubi in alio capite testamenti esset explicitè facta substõ fideicõmissaria, per quã post mortẽ fratris, eius filii & descendentes essent sibi substituti: quoniã tunc nõ esset tractandũ de ordine successiuo quo'ad fideicom. qui possit intelligi in ista dispositiõe, in qua copulatiuè uocantur frater & eius descendentes, sed de illa fideicõmissaria substõne apposita in alia parte testamenti; Sed procedit ubi in ipsa dispositione, in qua copulatiuè uocãtur frater & eius filii seu descendentes, sunt adiecta aliqua uerba quæ in spẽ significant istũ ordinẽ quo'ad fi-
67 deicõmissariã. Ad quã dubitationẽ respõdetur, q̃ iste primus casus põt exemplificari primo' quãdo dictũ esset. Instituo fratrẽ, & post

eius

eius mortem eius filios, uel substituo fratrem & post eius mortē eius filios. nam prædicta uerba [& post fratris mortē instituo uel substituo eius filios] dum in specie exprimūt cōpendiosam substitutionem, per quā fratri substituuntur eius filii. ut tradunt Bar. & alii in. l. centurio. infrà de uulg. in necessariam consequentiam dicētur in specie exprimere istum ordinem successiuum quo' ad fideicommissariā inter fratrem & eius filios. Secundo' etiam potest exemplificari quando dictum esset. Instituo fratrem & post eū eius filios, uel substituo fratrem & post eum eius filios. nam istud uerbum [post eum] habet istum sensum, post defectum seu mortem ipsus. Non. n. potest interpretari in istum sensum, uidelicet, Post defectum institutionis uel substitutionis collatæ in fratrem: quia dictum uerbum non fuit relatum ad institutionem, sed ad personam fratris: & clarum est quòd illa dictio [post fratrem] importat, post transactum fratrem & post fratris defectum. per ea quæ tradūt Bar. & doct. in. l. 2 §. creditum. ff. si cert. pet. & de hoc est decisio Curt. Iun. in consi. 38. nu. 4.

68 Dubitari quidem potest in casu quo dictum esset. Instituo fratrem & eo nō existente eius filios & descendentes, uel substituo fratrem & eo non existente eius filios seu descendentes, an istud uerbum [fratre non existente] significet ordinem successiuum quo' ad fideicommissariam inter fratrem & eius filios. & resolutio pendet ex hoc, an illud uerbum [fratre non existente] debeat intelligi in istum sensum. Non existente fratre tempore quo euenit casus seu conditio institutionis uel substitutionis, per quam frater instituitur uel substituitur: quia iuxtà istum sensum significaret ordinem successiuum solùm quo' ad uulgarē, non autem quo' ad fideicommissariam; an uerò intelligi debat in istum alium sensum, uidelicet, Quotiens uel quandocunque non extabit frater. nàm iuxtà istum sensum idem importaret ac si dictum esset. Post mortem fratris, & significaret ordinem successiuum quo' ad fideicommissariam. Quam dubitationē latè pertractat Soc. iun. consi. 180. nu. 16. usq; ad finem consilii. in 2. & Paris. consi. 74. n. 17 in 2. qui concludunt quo'd dictum uerbum intelligitur iuxtà primum sensum, uidelicet. nō existente fratre tempore quo euenit casus uel conditio institutionis seu substitutionis, in qua frater fuit institutus seu substitutus, & consequenter q̄ non significet ordinem quo' ad fideicommissariam sed, solùm quo' ad uulgarē inter fratrem & eius filios. Et ad comprobationem huius opinionis Soc. iun. in prælegato consi. adducit plures decisiones, inter cæteras adducit decisionem Petr. de Anch. cōsi. 226. iste magister. per tot. illud consi. & decisionem Abb. consi. 40. facti contingentia. in primo uolum. & Corn. consi. 186. quāquam præsens. per tot. illud consi. in 3. & consi. 295. uidetur in hoc. in primo uolum. maximè in prima & ii. colum. & Deci. consi. 63. & pro tenui facultate col. i. uersi. secundo testator. & ibi etiam Soc. iun. respondet ad plures decisiones doct. & ad plura alia argumenta, quæ adducuntur pro contraria opinione, quo'd illud uerbum [fratre non existente] debeat accipi in hunc sensum. Quoties uel quandocunque nō extabit frater. ita quo'd denotet filios esse substitutos fratri post eius mortem, cuius dicta non refero: quia apud eū uideri possunt. Ego sæpiùs consului pro prima opinione, quo'd dictum uerbum [& fratre non existente] accipi debeat iuxtà primum sensum, ita ut significet ordinem successiuum solùm quo' ad uulgarem inter fratrē & filios, non autem quo' ad fideicommissariam: nàm si loquimur in casu quo dictum fuit. Si filius decesserit sine filiis substituo fratrē, & eo non existente eius filios. quia hoc casu illa conditio, uidelicet. & non existente fratre. fuit relata ad uerbum [substituo] quod uerbum fuit relatum ad personam filii & ad substitutionē factam filio sub illa conditione. si decesserit sine filiis. sequitur q̄ prædicta conditio. si non extaret frater. intelligi debeat de tempore substitutionis prædictæ factæ filio. per illam uulgatam regulam, quo'd qualitas adiecta uerbo intelligitur secundum tempus uerbi. l. in delictis §. si extraneus. ff de noxal. l. 2. infrà' de auro. & arg. leg. l. titius. infrà' de testam. mil. cum pluribus concord. de quibus per Alex. consi. 59. uiso themate. col. fi. uer. contraria sentētia in 5. & consequenter sequitur quo'd dictum uerbum nō potest accipi in eum sensum, quotiens uel quandocunque non extabit frater: sed solùm in illum sensum, si frater non extabit tempore quo morietur filius, cui facta fuerat substitutio: & propterea q̄ non exprimat ordinem successiuum quo' ad fideicommissariam, sed solùm quo' ad uulgarem. Circà secundum casum ubi nō adsunt uerba, quæ in specie & explicitè exprimāt ordinē quo' ad fideicom. sed adsunt uerba, quæ ex sui generali

& propria ſignificatione poſſunt comprehẽ-
dere dictum ordinem quo ad fideicommiſſa
riam.exẽplum.ubi teſtator dixiſſet. poſt mor
tem filii mei ſubſtituo fratrẽ & eius filios gra
datim ſeu de gradu in gradum, aut ordine ſuc
ceſsiuo.nam prædicta uerba[gradatim ſeu de
gradu in gradum] non ſolum cõprehendunt
ordinem ſucceſsiuum quo ad uulgarẽ, in qua
fieri poſſunt plures gradus.l.cũ in teſto. infrá
de hæred. inſtit.l. i. infrá de uulg. & inſtit. de
uulg.§.i.ſed etiam ordinem ſucceſsiuum quo
ad fideicommiſſariam,in qua ẽt fieri poſſunt
plures gradus.l.fi. C.de uerb.ſig.l.peto§.fratre
l.cum ita§.in fideic.infrá de leg.2.quod ẽt abſ-
que dubio procedit in illo uerbo [ordine ſuc-
ceſsiuo]. circá hunc caſum cõcludendum eſt,
q ordo ſucceſsiuus inter fratrẽ & eius filios
debeat intelligi utroque modo & quo ad uul
garem,&quo ad fideicommiſſariam:nã cùm
propria uerborum ſignificatio cõprehendat
iſtũ ordinem in utroq; caſu,& ſubiecta mate-
ria cõpendioſæ,quæ fuit facta filio teſtõris hæ
redi inſtituto,ſit apta ad ſuſcipiendũ ſenſũ or-
dinis ſucceſsiui ita quo ad fideicõmiſſariá ſi-
cut quo uel uulgarẽ,nulla põt eſſe ratio quare
dicta uerba non cenſeantur expreſſa ad deno
tãdum.d.ordinem in utroq; caſu.Et ſiquis di-
ceret,q adiectio filiorum intelligi debet facta
ita ut non redundet in incommodum & præ
iuditium fratris,cum eius intuitu & contem-
platione cenſeatur facta,& cõſequenter q ob
dictam rõnem uerba prædicta ſint reſtringen
da ad ſenſum ordinis ſucceſsiui quo ad uulga
rem.per ea quæ dicta fuerũt ſ. in prima.q.re-
ſpondetur plurib.modis. Et primo q prædi-
cta uerba denotabunt,q adiectio filiorum in
ſubſtitutione facta fuerit nõ ſolũ intuitu & cõ-
templatione fratris : uerùm etiam ob id,quia
teſtator uoluerit in illa ſubſtitutiõe facere plu
res gradus.Secũdo q præſumptio ſumpta ex
eo,q adiectio filiorum fuerit facta intuitu &
contemplatione fratris,non ſufficit ad exclu-
dendum intellectũ ordinis ſucceſsiui quo ad
fideicommiſſariá quando propria ſig.uerbo-
rum illum cõprehendit:quoniá ad excluden
dũ ſenſum,quem cõprehendit propria ſignifi
catio uerborũ,non ſufficit mens præſumpta:
ſed exigitur mens euidens & manifeſta.l.non
aliter.infrá de leg.3. Aduertendum tamen eſt
quia inter iſtum caſum & caſum præceden-
tem põt aſsignari iſta differentia: nam in caſu
iſto quando uerba ſolum in genere exprimũt
ordinem quo ad fideicommiſſariá ad effectũ,
ut admitti poſsit interpretatio ordinis ſucceſ-
ſiui quo ad fideicommiſſariam, requiritur q
ſubiecta materia ſubſtitutionis ſit apta ad ſuſ-
cipiendum iſtum ordinem, pro ut contingit
quando frater & eius filii copulatiuè uocan-
tur in compendioſa ſubſtitutione facta filio
teſtatoris inſtituto : ſed non eſſet admittenda
quando ſubiecta materia ſubſtitutionis non
eſſet apta ad ſuſcipiendum ſenſum ordinis
quo ad fideicommiſſariam,ſed ſolum quo ad
uulgarem:quia hoc caſu iuxtá ſubiectam ma-
teriam prædicta uerba generalia eſſent limita
tè intelligenda de ordine quo ad uulgarẽ arg.
l.ſi uno. ff. locat. & l. ſi inſulam. de perſcrip.
uerb.& ideo infero,quo d ſi teſtator dixiſſet.
Inſtituo fratrem & eius filios gradatim uel
de gradu in gradum, ſeu ordine ſucceſsiuo.
quia ſubiecta materia inſtitutionis directæ nõ
admittit plures gradus fideicommiſſariæ,ſed
ſolum plures gradus uulgaris directæ.l.i.infrá
de uulgat. ideo prædicta uerba [gradatim
uel de gradu in gradum ſeu ordine ſucceſ-
ſiuo] intelligenda forent limitatè de ordine
quo ad uulgarem : non autem quo ad fidei-
commiſſariam.Et tanto magis quia illud uer
bum [inſtituo] quod eſt directum ciuile. ut
tradunt Bar.& alii in.l.centurio.ad fi.infrá de
uulg. non admittit interpretationem fidei-
commiſſariæ ſubſtitutionis. l. in pupillari.l.
uerbis ciuilibus.infrá de uulg.idem etiam di-
co quando dictum foret. ſi filius hæres non
erit ſubſtituo fratrem & eius filios gradatim,
ſeu de gradu in gradum. nam quia prædicta
uerba quo ad perſonam filii exprimunt ſo-
lum uulgarẽ directam,quæ nõ admittit plu-
res gradus fideicommiſſariæ, & illa uerba
[gradatim uel de gradu in gradum] ſunt rela
ta ad uulgarem factam filio : idcirco non po
terunt denotare ordinem quo ad fideicom-
miſſariam inter fratrem & filios: quia fideic.
inter fratrem & filios non poteſt adaptari ad
illam uulgarem directam factam filio.Et præ
dicta iudicio meo ſunt de mente Aret.& Soc.
hic,dum in tribus primis caſibus ennumera-
tis per Soc.nulla facta diſtinctione,an ſint ap-
poſita uerba,quæ in genere exprimant ordi-
nem ſucceſſiuum etiá quo ad fidecommiſſa-
riá,abſolutè & indiſtinctè concludit,q ordo
ſucceſſiuus intelligi debeat ſolũ quo ad uulga
rem.Sed in præcedenti caſu quãdo uerba in
ſpecie exprimunt ordinẽ ſucceſſiuũ quo ad fi
deicom. tunc admittenda eſſet interpretatio
ordinis quo ad fideicommiſſariam etiam q

frater

frater & eius filii essent copulatiuè uocati in institutione uel in directa substitutione facta filio instituto: ita quod si dictum esset. instituo fratrem & post eius mortem uel post eum eius filios, uel filio substituo fratrem & post eum uel post eius mortem eius filios. absque dubio, inter fratrem & eius filios intelligetur ordo successiuus quo ad fideicommissariam, ex quo uerba in specie significant unam substitutionem, per quam filii sunt substituti post mortem fratris.

Circa tertium casum quando non adsunt uerba, quæ significent ordinem successiuum quo ad fideicommissariam inter fratrem & eius descendentes, sed adsunt uerba significantia istum ordinem inter descendentes fratris inter se, de duobus uidendum est. Et primo quæ sint uerba apta ad significandum ordinē quo ad fideicommissariam inter descendentes fratris inter se. Secundo an ex eo quia constat testatorem uoluisse inducere ordinē quo ad fideicommissariam inter descendētes fratris inter se, possit inferri quod similiter uoluerit esse hunc ordinem quo ad fideicommissariā inter fratrem & eius descēdētes. Quo ad primum sunt aliquæ dubitationes. Prima, an nomen collectiuum [liberos uel descendentes] sub quo sint uocati indefinitè descendentes fratris, sit aptum ad significādum ordinem quo ad fideicommissariam inter ipsos liberos & descendentes. circa quam conclusiue procedendo dico, quod ubi ultra illud nomen collectiuum [liberorum & descendentium] non sit adiectum aliquod aliud uerbum, per quod appareat testatorem uoluisse sub. d. nomine comprehendere etiam illos descendentes, qui non essent nati, nec concepti tempore quo euenisset dies illius substitutionis, in qua sunt uocati, concludendum esset quod absque dubio dictū nomen nō significaret ordinem quo ad fideicommissariam inter liberos & descendētes inter se. Ratio huius conclusionis est, quia sub hoc nomine collectiuo intelliguntur uocati solùm illi liberi & descēdentes, qui essent nati seu concepti tempore quo extitit conditio seu casus substitutionis, in qua sunt uocati: non autem alii qui dicto tempore non essent nati nec concepti. ut post Bar. & alios, quos refert concludit Soc. in l. si cognatis. col. antep. uer. quarta & ultima conclusio. infrà de reb. dub. & Alex. consi. 22. & consi. 26. col. fi. in 3. & latè Soc. iun. consi. 30. nu. 24. in 3. & declaratum fuit suprà in tertia quæstione. undè sequitur, quod non pōt intelligi ordo successiuus, per quē primi censeantur grauati restituere sequentib. qui non essent nati nec concepti tempore quo extitit cōditio. d. substitutiōis. & eodem modo non pōt colligi ordo quo ad fideicom. inter illos qui essent nati uel concepti tēpore quo extitit cōditio substitutionis: quia dictum nomen collectiuū non denotat mentē testantis esse, quod bona debeant omino inter ipsos descendētes conseruari: sed solùm quod debeant ad illos peruenire. Est ēt alia ratio, quia hoc nomen collectiuū denotat quod descendentes fratris in hac substitutione sunt actiuè uocati, uidelicet, quo ad eorum uocationem, nō aūt denotat, quod sint passiuè uocati & ad eorum grauamen: igitur non pōt esse aptum ad significādum ordinē quo ad fideicom. inter ipsos descendentes, uigore cuius illi qui primo sint admissi censeantur grauati restituere cæteris descēdentib. Accedit quia iste ordo quo ad fideicōmissariā inter ipsos descendentes includit quādam reciprocā substitutionē inter eos, per quam uideantur ad inuicē grauati & substituti: (ut patet ad sensum) uerùm cùm ad inducendā tacitā reciprocā fideicom. inter plures honoratos, requiratur quod interueniat alia substitutio facta post mortem omnium & in tota hæreditate. ut concludūt Bar. & alii doct. in l. titia Seio §. Seia libertis. infrà de leg. 2. in l. uel singulis. suprà de uulg. in l. pæn. C. de imp. pub. propterea sequitur quod istud nomen collectiuū [liberos & descendentes] per se in casu prædicto, non sit aptū ad significandum ordinē quo ad fideicom. inter ipsos descendētes. & per prædictas rōnes hanc conclusionem consulendo sequuntur Ruin. cons. 100. n. 3 in 3. Paris. consi. 39. n. 7. in 3. Soc. iun. consi. 81. nu. 12. in 3. post alios, quos referunt. sequitur ēt Alexandrin. post Soc. & alios, quos refert hic cart. 8. col. 4. uer. primus casus. & cart. 9. col. 3. & 4. nàm cōcludunt quod inter istos descēdentes intelligatur ordo solùm quo ad uulgarem, non aūt quo ad fideicom. Sed in casu quo essent aliqua uerba, quæ denotarēt in illo nomine collectiuo eē uocatos, uel cōprehēsos ēt illos descēdentes, qui nō essent nati, nec cōcepti tēpore quo extitit conditio substitutionis, pro ut quādo essent uocati descendētes in infinitū uel essent uocati descendētes adiecta illa ratione (quia testator uult quod bona sua conseruentur in familia) tunc dictum nomen collectiuū eēt aptum ad denotandum ordinem quo ad fideic. inter ipsos descendentes. quod

etiam concludit deci.consi.253.col. fin. Curt. iun.consi.48.col.2. Soci. iun. consi. 136. in 3. Nàm ex quo descendentes qui nondùm reperirentur in rerum natura tempore quo cuenit casus uel conditio illius substitutionis in qua uocantur descendentes, non possunt ex illa succedere nisi subintelligatur ordo quò ad fideicommissariam inter ipsos descendentes: propterea sequitur quòd iste ordo debeat subintelligi in consequentiam eius, quia testator uoluit illos nondùm natos, nec conceptos dicto tempore posse succedere ex substitutione. l. 2. ff. de iurisd. omnium iud. l. illud. infrà de acquir. hæredit. Assumptum probatur, quia cùm dicti descendentes nondùm existant in rerum natura tempore quo extitit conditio illius substitutionis expressæ, sequitur quòd non sunt capaces d. substitutionis. l. prima §. & cum triplici. C. de cad. tol. & quòd dicta substitutio expressa quoad eos esset inualida, quia in hærede & legatario requiritur capacitas tempore quo cedit dies institutionis & legati. l. si alienum §. in extraneis. infrà de hæred. instit. Instit. de legat §. legari. & §. an seruò. l. ubi puré. infrá ad trebel. undè succedit q̃ ad hoc, ut possit dicta substitutio habere effectum in illis descendentib. qui erunt nati & concepti postquam euenerit casus uel conditio expressæ substitutionis, necesse est quòd subintelligamus aliam substitutionem, cuius dies cedat & eueniat tempore quo reliqui descendentes nascentur uel concepti erũt etiam postquam expressa substitutio habuerit effectum in prioribus descendentibus, & consequenter, quòd subintelligatur ordo quoad fideicommissariam.

72 Alia est dubitatio circà nomen collectiuũ [familiæ seu agnationis uel domus] an sit aptum ad denotandum ordinem quoad fideicõmissariam inter illos de familia: Ad quam concluſiuè procedendo respondetur, quòd est aptum. de quo est casus in. l. cùm ita §. in fideicommisso. in. l. peto §. fratre. infrá de leg. 2. in. l. fin. C. de uerb. sig. & tradunt communiter doct. in d. §. in fideicõmisso. & in d. §. fratre. & præsupponit Soc. hic col. fin. uer. quartus casus. & istud non solùm procedit in casu quo sunt adiecta illa uerba [ut in familia bona permaneãt uel relinquãtur] (quo casu nullus dubitat) uerùm etiam in casu quo simpliciter dictum foret. substituo familiam uel reliquos de familia, uel lego familiæ, seu cæteris de familia, & licet Cumã. in. d. §. in fideicommisso. concludat, quòd in legato simpliciter facto familiæ ubi non adsint aliqua uerba, quæ denotent mentem testantis, quòd bona reseruentur in familia, solùm intelligantur uocati illi qui sunt in primo gradu, quibus admissis alii remotiores remaneant perpetuò excluſi, & consequenter, quòd istud nomen [familiæ] per se sine aliis uerbis non sit aptum ad denotandum ordinẽ quoad fideicõmissariã. & opinionem Cuman. uidetur sequi Ruin. d. consi. 100. in 3. tamen communis opinio est, quòd imò & in substitutione & in legato relicto familiæ omnes de familia gradatim unus post alium censeri debent uocati, & consequenter quòd istud nomen collectiuum [familiæ] denotet ordinem quoad fideicõmissariã inter ipsos de familia: nã Bart. Paul. & alii in d. §. in fideicommisso. summant illum tex. quòd ad fideicommissum relictum familiæ, gradatim illi de familia admittuntur. & de hoc est casus ibi & in d. l. fin. C. de uerb. sign. Et ratio est duplex. Prima quia negari non potest quin illud nomen [familiæ] comprehendat quoscunque qui sunt de familia non solùm existentes in primo gradu, sed etiam quoscunque alios constitutos in remotioribus gradibus: quoniam omnes de familia sunt & censentur uocati & omnibus competit petitio fideicommissi. ut præsupponit tex. in d. §. fratre. in his uerbis. [fideicommissi petitio familiæ competit] & in his uerbis [omnes de familia fideicommissum petent]. & in d. l. cùm ita §. in fideicommisso. in his uerbis [fideicommissum, quod familiæ relinquitur] quod etiam denotatur ex propria significatione illius nominis collectiui [familia] cùm igitur omnes sint uocati & comprehensi ex propria uerborum significatione, æquum est quòd omnes admittantur ad huiusmodi fideicommissum, uel simul uel ordine successiuo: ueruùm quia nõ est uerisimile, quòd testator uelit commodum fideicõmissi debere diuidi inter oẽs de familia qui sunt diuersorum graduum; idcircò lex interpretatur, quòd uoluerit fideicommissum peruenire ad singulos per modum cuiusdam successionis, & sic gradatim de uno in alium: pro ut contigit in fæudo & in emphiteusi pro se & aliis de familia sua. ut per Bar. & alios in. l. ut iusiuran. di §. si liberi. infrà de oper. lib. Alia ratio est, quia dùm in huiusmodi fideicommisso exprimitur nomen familiæ, non autem nomen personarum existentium in ipsa familia,

milia, sequitur quo'd censeatur relictum potiùs contemplatione familiæ, qua'm personarum. iuxta' notata in c. quoniam Abbas. de officio delega. & eorum. quæ traduntur. in c. requisisti. de testamen. & in. l. tutor § quæ cum tutoribus. supra' de excusat. tut. undè uerosimile est, quo'd testator uoluerit. d. suum fideicommissariam extendi ad quoscunque, ad quos se extendit familia & agnatio ipsius testatoris & quo'd fideicommissum permaneat quatenus permaneat familia & agnatio: & quemadmodum familia & agnatio porrigitur gradatim ad personas de familia, ita ad easdem personas gradatim porrigatur huiusmodi fideicommis. relictũ familiæ. Debet enim istud fideicommis. interpretari & regulari iuxta' subiectam materiam causæ & rationis, propter quam censetur factum. l. cùm pater §. dulcissimis. infra'. de leg. ii. & per hanc secundam rationem in fortioribus terminis concludunt doct. quo'd nõ solùm in casu quando fideicommis. relinquitur familiæ intelligi debet relictum gradatim & ordine successiuo: uerùm etiam quando esset relictum duobus antiquioribus, uel duobus proximioribus de familia fideicõmis. intelligetur relictum gradatim & ordine successiuo, ita ut post illos duos primos admittãtur alii duo antiquiores seu proximiores, & sic successiuè ob id, quia fideicommis. censetur relictum intuitu & contemplatione familiæ: nõ autem personarum. ita firmat Petr. de Anch. consi. 27. non seruato ordine dubiorum. col. iii. sequitur Rom. consi. 438. col. fin. & Ruin. consi. 164. col. iii. in 3. Ex quibus rõnibus patet de ratione differentiæ quare magis nomẽ collectiuum [familiæ & agnationis] sit aptum ad denotandum ordinem successiuum quo' ad fideicommissariam inter eos, qui sunt de familia & de agnatione, quàm nomen collectiuum [liberorum & descendentium] nam apparet q̃ ratio differentiæ consistit in hoc, quia nomẽ [familiæ & agnationis] denotat nõ solùm personas quibus relinquitur, sed etiam causam & rationem familiæ & agnationis, cuius contemplatione & intuitu fuerit relictũ: & ideò est aptum comprehendere quoscunque, ad quos porrigitur prædicta causa & ratio, & consequenter etiam illos, qui nõ essent nati nec concepti tempore mortis testantis, nec tempore quo cedet dies substitutiõis uel fideicommis. & consequenter denotat ordinem quo' ad fideicommissariam prout etiam denotatur hic ordo per nomẽ [liberorum & descendentium] ubi comprehendit eos qui nondũ nati, nec concepti essent tempore quo cesit dies substitutionis. ut dictum fuit suprà in præcedenti dubitatione. quæ ratio nõ militat in isto nomine collectiuo [liberorum & descendentium] attento' q̃ istud nomen solũ exprimit personas descendentium, quarum contemplatione fuit relictum, undé debuit limitari & restringi relictum ad personas descendentium, quæ erunt capaces illius relicti, & consequenter ad eos, qui erunt nati uel cõcepti tempore quo cedet dies substitutionis: non aũt comprehendit postea nascituros si non adsunt aliqua alia uerba, quæ istud denotent. (ut dictũ fuit in præcedenti dubitatione) propterea non potest esse aptum ad denotandum ordinem quo' ad fideicommissariam.

Quo' uero' ad secundũ, uidelicet, an ex eo quia sint uerba quæ denotent testatorem uoluisse inducere ordinem quo' ad fideicommissariã inter descendentes fratris inter se, possit inferri coniectura efficax ad inducendum eundẽ ordinem inter fratrem & eius descendẽtes, de mente doct. uidetur esse q̃ inferratur: nã istud expressé concludit Soci. hic colum. fin. uersi. quartus casus. idem uidetur esse de mente Cuma. hic. col. iii. uersi. ubi autem. dùm concludit q̃ quando testator substituit fratrem & eius liberos, quia apparet q̃ uoluit esse ordinem quo' ad uulgarem inter liberos fratris inter se inferratur, quo'd uoluerit etiã esse eundem ordinem inter fratrem & eius liberos: nám apparet quo'd præsupponit, q̃ ex ordine quo' ad fideicommissariam inter liberos fratris inter se inferratur ad eundem ordinem quo' ad fideicommis. inter fratrem & eius liberos. & licet Cumã. nõ uelit q̃ in casu suo intelligatur ordo quo' ad fideicommissariam inter fratrẽ & eius liberos, sed solùm quo' ad uulgarem: istud tamen fuit ob id, quia præsupposuit q̃ nõ intelligatur in casu suo ordo quo' ad fideicommissariam inter ipsos liberos inter se, sed solũ quo' ad uulgarem. Colligitur tamen q̃ si intelligeretur ordo quò ad fideicommissariã inter liberos inter se, idem ordo intelligeretur inter fratrem & eius liberos. hoc idẽ fuit de mente. D. Alexandrini hic in sua repet. cart. 9. col. iii. uersi. sed aduerte. dùm utitur isto argumento, quo'd ex quo adest ordo successiuus inter liberos fratris inter se, ita etiam intelligi debeat inter fratrem & eius liberos. Et quámuis Cumã. in. d. l. cũ ita §. in fideicõmis-

&

& Ruin. in d. consi. 100. præsupponant, q̃ in fideicommisso in quo uocatur frater & alii de familia non intelligatur inter fratrem & alios de familia ordo quo' ad fideicommissariam: non ideo' tamen uoluerunt negare, quin intelligendus esset hic ordo quo' ad fideicommisariam inter fratrem & alios de familia, tenendo q̃ inter alios de familia inter se intelligatur ordo quo' ad fideicom. exquo dixerũt non debere intelligi d. ordinẽ inter fratrem & alios de familia: quia erant in opinione, q̃ ordo quo' ad fideicommis. non accipiatur inter illos de familia inter se. & pro ista opinione plurimum facit illa regula, quo'd una pars testamenti per aliam declaratur. de qua in. l. qui filiabus. in princ. in. l. si seruus plurium §. fin. infrà de leg. i. & quia non uidetur quo'd existat ulla ratio diuersitatis, quare testator non uoluerit esse ordinem quo' ad fideicommissariã inter fratrem & eius descendentes, quẽadmodum uoluit esse. d. ordinem inter eius
75 descendentes inter se: & tanto' magis, quia uix potest dari casus, in quo uerba, quæ denotant ordinem quo' ad fideicommissariam inter descendentes fratris inter se, non etiam adaptentur quoquo modo ad denotandum eundem ordinem inter fratrem & eius descẽdentes: na'm si dictum sit. Substituo fratrẽ & eius descendentes in infinitum. licet illud uerbum [in infinitum.] uideatur relatum ad personas descendentium intrá quas non comprehenditur frater; attamen potest etiã adaptari ad denotandũ, q̃ substitutio in qua uocantur frater & eius descendentes duret perpetuo' & in infinitũ: & hoc respectu comprehendet substitutionem etiam in quantum respicit personam fratris. Similiter si dictum esset. Substitutio fratrem & eius descendentes gradatim. nàm illud uerbum potest dici relatum non tantùm ad descendentes inter se, sed etiam ad fratrem & ipsos deseendentes: ita etiam quando dictum esset. substituo fratrẽ & alios de familia. na'm cùm illud nomen collectiuum [familia] denotet ordinem quo' ad fideicommissariam inter eos de familia ob id, quia denotat q̃ substitutio sit facta intuitu & contemplatione familiæ & eo proposito, ut permaneat donec permanet familia & porrigatur ad eos, ad quos porrigitur familia (quæ ratio etiam pertinet ad fratrem qui est de familia) idcircò dicemus dictum nomẽ collectiuum [familiæ] in quantum denotat ordinem quo' ad fideicommissariam pertinere etiam ad personam fratris. Et tanto' magis quia persona fratris potest dici nominata separatim á reliquis de familia solùm ob id, quia in illo ordine successiuo inter illos de familia testator uoluit, quo'd frater priùs esset admittendus. argumento tex. in d. l. cùm ita §. in fideicommis. Et si secundum aliquos substitutio extẽditur de persona ad personam ex identitate rationis seu qualitatis expressæ per testatorem in ipsa substitutione. ut per Curt. sen. consi. 75. Dominus Ludouicus. col. 10. uersi. & sic ubi ratio. & Paris consi. 66. nobilis Syluester. nume. 66. & 67. in 3. & Crauet. consi. 155. uerba testamenti nu. 7. quanto' magis ex identitate rationis interpretari debemus, q̃ uerbum denotans ordinem quo' ad fideicommissariam quo' ad descendentes inter se, dicatur etiam relatum ad denotandum eundem ordinem inter fratrem & descendentes, cũ hoc casu non agatur de extensione substitutionis ad aliam personam præter & ultrà uerborum significationem: quo casu loquuntur prædicti doct. sed solũ de extensione ordinis successiui seu substitutionis fideicõmissariæ, quæ continetur in illo ordine relato ad illam personam, ad quam quoquo modo adaptatur & extenditur illud uerbum denotans dictũ ordinem. Et ex prædictis tollitur unũ obiectum, quod fieri potest contrá prædictã conclusionem, uidelicet, q̃ sicut ex eo q̃ testator filio instituto substituit per fideicommis. descendentes ex eo, non infertur quo'd descẽdentes substitutos inter se uoluerit substituere per fideicmiõs. nec similiter ex eo quia fratri substituto per fideicommis. substituerit eius descendentes non infertur quo'd uoluerit eius descendentes inter se substituere per fideicõ. (ut dicemus inf. in seq. art.) ita etiã uideretur dicendum quo'd ex eo quia testator uoluerit substituere per fideicommissum descendẽtes fratris inter se, non debeat posse inferri quo'd uoluerit ipsos descendentes substituere per fideicommis. post mortem patris: na'm solutio est clara, quia ideo' ex eo quo'd apparet testatorem uoluisse substituere per fideicommis. descendentes fratris inter se, põt inferri quo'd ẽt uoluerit substituere fratri per fideicom. dd. descendentes; ex quo illud uerbum seu illa rõ denotans ordinem quo' ad fideicommis. inter illos descendentes fratris inter se, põt adaptari ad denotandum eundem ordinẽ inter fratrem & ipsos descendentes: & tamen uerbum denotans descendentes esse substitutos

per

per fideicommiſ. poſt mortem fratris nõ ita poteſt adaptari ad denotãdum fideicom. inter ipſos deſcendentes inter ſe cùm ſit limitatum ad perſonam fratris: & ideò hoc caſu militat regula, quòd ſubſtitutio non debeat extendi de perſona ad perſonam, ſicut nec etiam alia prouiſio. l. ſi unus §. antè omnia. ff. de pact. l. ſi quis ita. in principio ſ. de teſtam. tutel. quã regulam firmat Aret. inf. ead. l. §. & quid ſi tantùm. col. iiii. uerſi. ſecundò adde. & Deci. conſi. 377. nu. 3. Ruin. conſi. 127. nu. 9. in 2. & conſi. 85. nu. 2. in 3. & iõ uidemus q̃ ſemper ceſſat ſubſtitutio quotiens uariatur perſona ſubſtituta. l commodiſsimè ſ. eo. & declaratũ fuit poſt Bart. & alios. ſ in quæſtiõibus. circa prin cipiũ eiuſdem. l. & eſt cõmunis opinio. ut atteſtatur Rip. in l. i. nu. 92. infrà de uulg.

Quòd ad quartum & ultimum caſum quãdo nõ adſunt uerba, quæ ex ſua ſignificatione denotent ordinem quò ad fideicommiſſariã inter fratrẽ & eius deſcendentes, ſed ſolũ tractatur, an ex aliquibus diſpoſitis in teſtamẽto antè uel poſt ſubſtitutionem de fratre & eius deſcendentibus, poſsit ſumi cõiectura efficax ad inducendum interpretationẽ. d. ordinis: ſunt
77 etiam plures dubitationes. Prima an ex eo quia teſtator poſt mortem filiorum, quos inſtituit, ſubſtituit fratres & eius deſcendentes colligatur coniectura efficax ad dictam interpretationem: Ad quam concluſiuè proceden do reſpondetur, quòd non colligitur (ut patet ex illa concluſione cõi firmata. ſ. in præcedẽti quæſtione) quòd in ſubſtitutione cõpendioſa per quam frater & eius deſcendentes ſubſtituũtur poſt mortem filii, ordo ſucceſsiuus inter fratrem & deſcendentes non intelligatur quòd ad fideicõmiſſariã, ſed ſolùm quòd ad uulgarem. quæ concluſio procedit etiam in caſu quo illi plures filii (quibus poſt mortem omnium eſſet facta cõpendioſa ſubſtituto) forent inter ſe reciprocè ſubſtituti: quia ex illa reciproca inter illos filios, quibus facta fuit ſubſtitutio cõpendioſa, non poteſt inferri reciproca ſubſtitutio fideicõmiſſaria, nec ordo ſucceſsiuus quòd ad fideicommiſſariam inter ſubſtitutos inter ſe: quinimò procederet etiam ſi teſtator diſpoſuiſſet, quòd inter filios & deſcendentes ſuos eſſet ordo quò ad fideicommiſſariam, & deindè poſt mortem omnium ſubſtituiſſet fratrem & eius deſcendentes: nã ex hoc non poſſet ſumi coniectura efficax ad interpretationem ordinis quòd ad fideicõmiſſariam inter fratres & deſcendentes: nã quemadmodum ex ſubſtitutione facta uni non ſumitur coniectura efficax ad inducendam ſubſtitutionem in perſona alterius: quia (ut ſuprà dictum fuit) ſubſtitutio nõ extenditur de perſona ad perſonam; ita etiam ex diſpoſitione ordinis quò ad fideicommiſſariam inter certas perſonas; puta. inter deſcendentes teſtatoris non põt inferri ad inducendum ordinem quòd ad fideicommiſſariam inter alias perſonas ſubſtitutas. puta. inter fratres & eius de-
78 ſcendentes. Et quemadmodum ex eo quòd teſtator uoluerit eſſe ordinem quòd ad fideicõmiſſariam inter deſcendentes priorum graduum. puta. inter tres uel quatuor gradus, nõ infertur quòd uoluerit eſſe eundem ordinem quò ad fideicõmiſſariam inter alios deſcendentes ulteriorum graduum. ut eſt de mente doct. in illa ſua cõi concluſione, quòd prohibitio de non alienando facta deſcendentibus. & fideicom. quòd bona tranſeant de deſcendente in deſcendentem, non extenditur ultrà quartum gradum, ſeu ultrà quartam generationem ubi non ſit adiectum uerbũ [perpetuo] uel [in infinitum] de qua per Iacob. de Beluis. Bart. & Ange. in §. nos igitur. in Auth. de reſtit. fideicom. per illum tex. & per Alex. & Iaſ. in l. filiusfamilias §. diui. in. 6. q. Bart. inf. de lega. 1. & ibi ẽt per Rip. nu. 112. poſt Soci. & alios, quos refert. & per Paris. cõſi. 39. nu. 1. in 3. multò minus ex ordine ſucceſsiuo quò ad fideicommiſſariam inter deſcendentes teſtatoris, poterit inferri ad eundem ordinem quòd ad fideicommiſſariam inter fratrem & eius deſcendentes.
79 Alia eſt dubitatio, an ex eo, quia teſtator expreſsè uoluit inducere ordinem quòd ad fideicommiſſariã inter fratrem & eius deſcendentes, inferatur q̃ uoluerit etiam inducere ordinem quò ad fideicommiſſariã inter ipſos deſcendentes inter ſe, poſito quòd non adſit aliquod uerbum denotans iſtum ordinem inter ipſos deſcendentes inter ſe. Exemplum. ſi teſtator dixiſſet. filio meo inſtituto quandocunque deceſſerit ſine filiis ſubſtituo fratrem meum, & poſt eius mortem eius deſcendentes: nam (ut ſuprà concluſum fuit) illud uerbum [poſt mortem] licet exprimat ordinem quò ad fideicõmiſſariam inter fratrem & eius deſcendentes: tamen nõ exprimit. d. ordinem inter deſcendentes inter ſe, quem etiam ordinem non denotat illud nomen collectiuum [deſcendentes] niſi adſint uerba, quæ denotent fore uocatos etiam deſcendentes, qui non eſſent nati

nec

nec concepti tempore mortis fratris. Ad quã dubitationem reſpondetur, q̃ non poterit inferri coniectura efficax ad inducendum ordinem quo' ad fideicommiſſariam inter deſcendentes inter ſe: quoniam cũm in caſu iſto deſcendentes cenſeãtur & ſint (ut dictum fuit ſuprà,) in ſubſtitutione poſiti ſolùm actiué, nõ autem paſſiuè, & cùm non intelligantur ſubſtituti omnes deſcendentes, ſed ſolùm nati & concepti tempore mortis fratris, nec adſint requiſita neceſſaria ad inducendum tacitam fideicommiſſariam inter ipſos deſcendentes inter ſe, nulla uidetur ſubeſſe ratio, per quam poſſit inter iſtos deſcendentes inter ſe intelligi ordo ſucceſſiuus quò ad fideicommiſſariã. & hanc concluſionem firmat ruin. conſi. 100. nu. 3. in 2. Paris cõſi. 39. nu. 7. in 3. Soci. iun. conſi. 81. nu. xii. in 3. & Alexandrin. hic cart. 8. colum. iiii. uerſi. quartus caſus. poſt. Soci. & alios quos refert. Nec obſtat ſi dicatur, quo'd quemadmodum ex ordine ſucceſſiuo quo' ad fideicõmiſſariam inter liberos ſeu deſcẽdentes fratris inter ſe, infertur ad eundem ordinẽ inter fratrem & ipſos deſcendentes: (ut cõcluſum fuit. ſ. in præcedenti Art.) ita etiã e' contrá ex ordine ſucceſſiuo quò ad fideicommiſſariam inter fratrem & eius deſcendentes, debeat poſſe inferri ad eundem ordinem inter eius deſcendentes inter ſe: quoniam reſpondetur, q̃ multum intereſt, an illatio huius ordinis quo' ad fideicommiſſariam ſumatur ex ipſis deſcendentibus ad fratrẽ, an uero' é contrá ex ipſo fratre ad ipſos deſcendentes: nam ideo' ex ordine quo' ad fideicommiſſariam inter deſcendentes inter ſe, infertur etiam idem ordo inter fratrem & eius deſcendentes: quia ratio quæ ſuadet interpretationem huius ordinis inter ipſos deſcendentes, uidelicet, quia uocauit deſcendentes in infinitum uel adiecta ratione, quia uoluit bona infamilia conſeruari, poteſt adaptari & referri ad perſonam fratris. quod non poteſt militare ubi ex iſto ordine inter fratrem & deſcendentes quis uelet inferre ad eundem ordinem inter ipſos deſcendentes: quoniam uerbum inducens fideicommiſſariam poſt mortem fratris, non põt adaptari ad ſignificandum fideicommiſſariã inter ipſos deſcendentes. Præterea ex ordine ſucceſſiuo quò ad fideicommiſſariam inter ipſos deſcendentes, poteſt inferri fideicommiſſaria poſt mortem fratris ob id, quia iſta fideicommiſſaria poſt mortem fratris eſt aliquo caſu neceſſaria ad hoc, ut poſſit habere effectum fideicommiſſaria inter ipſos deſcendentes. quæ ratio ceſſat ubi ex ordine quo' ad fideicommiſſariam inter fratrẽ & deſcendentes uolumus inferre ad eundem ordinẽ inter ipſos deſcendentes: ex quo fideicommiſſaria inter deſcendentes non poteſt in aliquo caſu eſſe neceſſaria ad hoc, ut poſſit habere effectũ fideicommiſſaria poſt mortem fratris, quia frater fuit uocatus anté ipſos deſcendentes. Accedit etiã quia dũm deſcendentes fratris ſunt grauati, reſultat cõiectura q̃ frater uidea tur poſitus in hac ſubſtitutione non ſolũ ad eius uocationem, ſed etiam ad eius grauamẽ. quæ ratio ceſſat in deſcendẽtibus fratris: quia dũm teſtator poſt ipſos deſcendentes nullum alium grauauit, non poteſt colligi alia coniectura, per quam deſcendentes intelligãtur poſiti in ſubſtitutione etiam ad eorum grauamen: uerũm cenſentur poſiti ſolũ ad eorum uocationem. pro ut denotant uerba ſubſtitu
80 tionis. Alia eſt dubitatio, an ex eo quia teſtator poſt fratrem ſubſtituit eius deſcendẽtes & poſt deſcendẽtes fratris ſubſtituit alios, inferratur quo'd teſtator uoluerit inducere ordinem ſucceſſiuum quo' ad fideicommiſſariã inter ipſos deſcendentes. Circa' quam concluditur, q̃ ex hoc non inferratur ordo quo' ad fideicommiſſariam inter deſcendentes fratris: nam clarum eſt, q̃ iſte ordo nõ poteſt inferri ex eo, quia teſtator poſt fratrem uocauit eius deſcendentes. (ut dictum fuit ſuprà) in præcedenti dubitatione. Non etiam uidetur q̃ iſte ordo quo' ad fideicommiſſariam inter ipſos deſcendẽtes inter ſe poſſit inferri ex eo, quia poſt ipſos deſcendentes alios ſubſtituit: ex quo ſubſtitutio facta poſt ipſos deſcẽdentes non fuit facta expreſſè ultimo deſcendenti, nec expreſſé in tota hæreditate. pro ut requiritur ad effectum, ut ex dicta ſubſtitutione poſſit cenſeri inducta tacita reciproca inter ipſos deſcendentes. ut concludunt Bart: & alii in l. Titia Seio §. Seia libertis. infrà de leg. 2. & in l. uel ſingulis. infrà de uulg. & communiter doct. in l. pæn. C. de impub. Soci. Rip. & alii in l. hæredes mei §. cum ita. infrà ad Treb. & idem Soci. conſi. 249. in 2. & in pluribus aliis conſiliis. igitur non poteſt inferri ordo ſucceſſiuus quo' ad fideicommiſſariam inter dictos deſcendentes, quia talis ordo inter ipſos includit reciprocam fideicommiſſariam inter eos, per quam ſuperſtes cenſetur ſubſtitutus poſt mortem prædefuncti (ut patet ad ſenſum.) & præſupponit Paris,

in. d.

in.d.consi.39.nu.7.in 3.quam etiam opinionem præsupposuit Beltra.consi.300. supposito testamento.nu. 3.in 3. Paris. consi. 43. nu. 26.& pluribus sequentibus. in 2. & Soc. iun. consi.110.nu.35 in 3.dum concludunt quod ideo inter descendentes substitutos in casu suo colligitur sensus ordinis successiui quod ad fideicommissariam, quia post mortem omnium descendentium fuerunt alii substituti: quo casu (secundum eos) in consequentiam huius substitutionis factæ post mortem omnium descendētium, colligitur tacita reciproca substitutio inter illos descendentes: nam uidentur præsupponere, quod omnino cessaret sensus ordinis quo ad fideicommissariam inter ipsos descendentes, ubi non posset colligi inter eos tacita reciproca substitutio; & quamuis prædicti doct. uelint, quod in consequentiam illius substitutionis factæ post mortem omnium descendentiū, colligatur tacita reciproca substitutio inter ipsos descendētes ob id, quia illa substitutio erat facta descendētibus testatoris (quo casu præsumitur facta ultimo morienti & in tota hæreditate: & propterea saltem præsumptiue uidentur concurrere hæc duo requisita, q substitutio sit facta ultimo & facta in tota hæreditate, quæ sūt necessaria ad inducendam tacitam reciprocam inter ipsos descendentes:) attamen ptædicti doct. in casu nostro, inquo non agitur de descendentibus testatoris, sed de descendentibus fratris testatoris, in quibus non procedit illa præsumptio, q substitutio facta post mortē omnium descendētium intelligatur facta ultimo. ut concludunt communiter doct. pro ut attestantur Alex. Soci. Rip.& alii in d.l.hæredes mei §. cum ita. præsupponunt q non intelligeretur tacita reciproca substitutio inter eos,& consequenter quod etiā inter eos cessaret sensus ordinis successiui quo ad fideicommissariam. Quinimo quidquid dicant Beleran. Paris.& Soc. iun. in cons. prællegatis. nō procedit sine difficultate id, quod ipsi præsupponunt, uidelicet, quod ex eo quia substitutio sit facta post mortem omnium descendentium testatoris, colligatur coniectura efficax ad inducendum tacitā reciprocam inter ipsos descendentes quāmuis reperiatur facta in tota hæreditate: quoniā ad hunc effectum quod inducatur tacita reciproca substitutio inter ipsos descendentes, nō sufficit, quod substitutio præsumatur facta ultimo, sed requiritur quod expressè & in spetie sit facta ultimo: nec etiam sufficit quod præsumatur facta in tota hæreditate, sed requiritur quod expressim fiat in tota hæreditate. ut aliās fuit per nos declaratū in d.l.hæredes mei §. cum ita. quod in præsentiarum non prosequor, ex quo non pertinet ad præsentem quæstionem, sed ad illam aliam, quando in consequentiam substitutionis factæ post mortem plurium, colligatur tacita reciproca inter istos, quibus facta fuit substitutio. Ad unum enim est aduertendum, quod si in præsenti casu extarent uerba quæ denotarent istum ordinem quo ad fideicommissariam inter eos, qui essent substituti post descendentes fratris, quod fortè tunc posset colligi sensus ordinis quo ad fideicommissariam inter descendentes fratris, sumpta interpretatione, quod illa uerba denotantia ordinem quo ad fideicōmissariam non solùm intelligantur relata ad substitutos ipsorū descendentiū: sed ēt ad ipsos descendentes.& per ea quæ dicta fuerunt suprà circà tertiū casum.

ERRORES IN EXCVSSIONE OPE ris inaduertenter commissi.

Folio.5.colum.i.linea.7.legitur,hoc eidem.& legendum est.hoc idem.

Fol.6.col.3 lin.x.legitur.quo in fideicommisſis.& legēd.quę in fideicōmisſis.& col.4.lin.32 legitur,quod relinquatur.& legendum est.quod reliquebatur. & lin.37. eiusdem col.legitur. oportebat aut dicere.dictio aut abō dat.& legendum. oportebat dicere.

Folio.7.col.ii.lin.40.legitur.filium alterius natus, legend.natum.

Fol.8.col.4.lin.11.legitur.præsuppoſito etiam. & legendum est. p æsuppoſuit.

Fol.x.col.2.lin.11.legié.cohæredem filio quāuis.deficit.& legendum est & quamuis.

Fol.14.colum.4.linea pæn.legitur.credendum putāt. legend. credunt.

Fol.15.col.1.lin.37.legié. Galli sit.legend. Iuliani sit.

Fol.18.col.ii.lin.19.legié.interpretatio, quæ sumitur quando. abondant illa uerba[quæ sumitur] legendū.interpretatio quando.

Fol.19.col.3.lin.28.legitur conuertentibus. & est legendum. concurrentibus.

Fol.23.col.2.lin.13.legitur.infrà.tit.i. & est legēdum. infrà de hæred. instit.

Fol.25.col.3.lin.12.legitur.poſt natiuitatem.& est legendum. poſt captiuitatem.

Fol.26.col.i.lin.17.legitur.non obsistente. & est dicēdum. non obstante. & col.3.lin.26. legitur. ut esset impersonaliter.& legend.ut stet impersonaliter.

Fol.27.col.2.lin.10.legitur.non aūt fuit intentio. deficit dictio eius.legendum est. non aūt fuit eius intentio.

Fol.28.col.3.lin.30.legitur. & ex iure antiquo. & leges. an iure antiquo.

Fol.30.col.i.lin.6.legitur.qualiter instituenda sit. & legendum.qualiter declaranda sit.& linea.7.legitur.decidendi in tex.deest dictio.posita.& legendum. decidendi posita in tex& col.2.lin.25. legitur istum nepotem.& legend.istum pronepotem.

Fol.31.col.i.lin.9.legitur.& si nepos admittitur,& est legendum.et si pronepos admittatur.& col.ii.lin.35.legitur.non nascitur suus in uita patris.dictio.suus.abūdat & legend.non nascitur in uita patris.

Fol.34.col.ii.lin.7.legitur.tendit institutio legis.& est legendum.tendit intentio legis.& col.3. lin.5. legitur.§. fin.suprá.eo.& legend.§.i.suprá eod.

Fol.36.col.ii.lin.31.legitur nati tempore testamenti. & legendum nati uiuis nobis.

Fol.37.col.4.lin.10.legié.l.omniū.l.si is, deficit [eod. titu.]ideò legendum erit.l.omnium.eod.tit.l.si is etc.

Fol.38.col.ii.in.6.legitur.ratio perfecta.legēdum.oratio & lin.7.legitur nō ad denotandum.& legndū.solum ad denotandum.

Fol.40.col.i.lin.19.legié quòd nepos efficiatur. & est legendum.quòd pronepos efficiatur.& col.2.lin.47.legitur nisi pōt mortem.& legend.nisi poſt mortem.

Fol.41.col.2.lin.21.legitur.descendentes usque.legēdum.descendentes ultrà.

Fol.42.col.i.lin.10.legitur.suprà testam.deficit.de.legendum.suprà de testam.

Fol.46.col.4.linea 14.legitur. in secundo gradu.legēdum.in primo gradu.

Fol.47.col.i.lin.13.legitur. intelligantur quasi commista,dictio.quasi. abundat. legēd. intelligantur commista.& col.2.lin.21.legitur. instituo ex æqualibus. legendum.ex inæqualibus.& lin.22. legitur,& instituo ex partibus. deficit. æqualibus.legendum. instituo ex æqualibus qartibus. & col.3. lin.i. legitur.institutione pendet testamentum,deficit uerbum. nepotis. legendum. institutione nepotis pendet testamentum. & col.iiii.lin 48. legitur.institui sicut etiam. deficit. quia diceretur permittere. & legendum, institui, quia diceretur permittere, sicut etiam &c.

Folio 48. col.iiii.lin. antep.legitur.& præsupponendum.& legi debet & presopponeretur.

Folio 50.col.iiii. lin.ultima.legitur.& continetur.legas.& contingeret.

Folio.52. col.i.lin.40. legitur. ex quo nedū.legas, ex quo nudū.

Folio. 55. col. ii.lin. iiii. legitur.refertur non pōt. deficit dictio,idcircò.legēdū est refert idcircò nō pōt.

AMM. PROV. DI TORINO
N. 11402